

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A FRAGILIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DE NORMAS QUE VERSAM
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS**

YURY SCARDUA MENEGHEL

MESTRADO EM DIREITO – CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
ESPECIALIDADE EM DIREITO CONSTITUCIONAL

2018

YURY SCARDUA MENEGHEL



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**A FRAGILIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DE NORMAS QUE VERSAM
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA
AO GABINETE DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS
DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA COMO REQUISITO
PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM DIREITO.

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS

ESPECIALIDADE: DIREITO CONSTITUCIONAL

ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA
MARIA LUÍSA DUARTE

LISBOA

2018

YURY SCARDUA MENEGHEL

**A FRAGILIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DE NORMAS QUE VERSAM
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS**

ESTA DISSERTAÇÃO FOI JULGADA ADEQUADA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM
DIREITO E APROVADA EM SUA FORMA FINAL
PELA ORIENTADORA E PELA BANCA
EXAMINADORA.

ORIENTADORA:

PROFESSORA DOUTORA MARIA LUÍSA DUARTE

BANCA EXAMINADORA:

PROFESSOR DOUTOR _____

PROFESSOR DOUTOR _____

PROFESSOR DOUTOR _____

LISBOA, ____ / ____ / ____

RESUMO

As normas que versam sobre direitos fundamentais nem sempre são aplicadas em âmbito internacional. Esta perspectiva é defendida por aqueles que ainda acreditam no dogma do “Estado-nação soberano”, entendendo tais autores que os direitos fundamentais são necessariamente aplicados por um único Estado, com base em sua própria Constituição, no âmbito do seu território. Contudo, a realidade do século XXI é diferenciada, especialmente quando se considera, por um lado, a existência de inúmeras organizações internacionais que acabam por se tornar mais importantes que o próprio Estado, e por outro quando se verificam fenômenos sociais, como a globalização, que acabam por enfraquecer o conceito de soberania conforme havia sido definido por Jean Bodin. O esfacelamento das fronteiras, contudo, gera um problema de definição de aplicação de direitos fundamentais. A pergunta que se faz é esta: em âmbito internacional, ou supranacional, quem será a entidade responsável pela garantia de tais direitos? Sob outro ângulo, pode-se também questionar a quem irá o cidadão recorrer em caso de violação de seus direitos fundamentais. E a situação é ainda mais complexa quando se analisa a defesa dos direitos fundamentais de refugiados, pessoas que, devido à sua fragilidade, acabam por ser prejudicadas na defesa dos seus direitos. Considerando-se tal contexto, o objetivo deste trabalho será o de mostrar que ainda há grande fragilidade na defesa dos direitos fundamentais em âmbito internacional, mesmo quando entendidos como direitos humanos. Argumenta-se que, a despeito da existência de inúmeros tratados internacionais cujo conteúdo material é idêntico ao dos direitos fundamentais, estes não são respeitados quando a pessoa humana se encontra em situação de fragilidade, como é o caso dos refugiados, o que se reflete diretamente na violação de seus direitos fundamentais. O texto divide-se em seis capítulos em que são abordados os seguintes temas: direitos fundamentais, o constitucionalismo multinível europeu, a proteção dos refugiados em âmbito internacional, a proteção dos refugiados na União Europeia, a crise dos refugiados na União Europeia e decisões jurisprudências sobre asilo e refugiados. Conclui-se o texto indicando que, se por um lado o arcabouço jurídico é favorável à defesa dos direitos fundamentais na ordem internacional, por outro a concretização deste mesmo arcabouço jurídico é fragilizada devido a problemas extrajurídicos, como por exemplo disputas de poder entre instituições diversas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Refugiados. Tratados internacionais. União Europeia. Jurisprudência.

ABSTRACT

Norms dealing with fundamental rights are not always applied at international level. This view is defended by those who still believe in the dogma of the “sovereign nation-state”, such authors believing that fundamental rights are necessarily applied by a single state, based on its own Constitution, within its territory. However, the reality of the twenty-first century is different, especially when one considers, on the one hand, the existence of numerous international organizations that end up becoming more important than the state itself, and on the other, when there are social phenomena such as globalization, which weaken the concept of sovereignty as defined by Jean Bodin. The blurring of borders, however, creates a problem of defining the application of fundamental rights. The question is: at the international or supranational level, which will be the entity responsible for guaranteeing these rights? From another angle, one can also question who the citizen will resort to in case of violation of his fundamental rights. And the situation is even more complex when it comes to defending the fundamental rights of refugees, people who, because of their fragility, end up being harmed in the defense of their rights. Considering this context, the objective of this work will be to show that there is still great fragility in the defense of fundamental rights at the international level, even when understood as human rights. It is argued that, in spite of the existence of numerous international treaties whose material content is identical to that of fundamental rights, they are not respected when the human person is in fragility, as is the case of refugees, which is directly reflected in the violation of their fundamental rights. The text is divided into six chapters covering the following subjects: fundamental rights, European multilevel constitutionalism, international refugee protection, refugee protection in the European Union, refugee crisis in the European Union and jurisprudential decisions on asylum and refugees. The text concludes by stating that if, on the one hand, the legal framework favors the defense of fundamental rights in the international order, on the other hand the implementation of this same legal framework is weakened due to extrajudicial problems, such as power disputes between different institutions.

Keywords: Fundamental rights. Refugees. International treaties. European Union. Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 A UNICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.2 A EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM – PROMESSAS E DESAFIOS	25
2 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL NO ESPAÇO GEOGRÁFICO EUROPEU	30
2.1 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA	33
2.2 A TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA	36
3 A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL	39
3.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM	39
3.2 O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS	41
3.3 O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	43
3.4 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS	46
4 A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NA UNIÃO EUROPEIA.....	53
4.1 A PROTEÇÃO NO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA	54
4.2 A PROTEÇÃO NO TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA	56
4.3 A PROTEÇÃO NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA	59
5 A CRISE DE REFUGIADOS NA UNIÃO EUROPEIA	63
5.1 O CONTEXTO DA ATUAL CRISE DE REFUGIADOS EM DIREÇÃO À EUROPA	63
5.2 ESTATUTO DE REFUGIADO: DIFERENCIAÇÃO ENTRE MIGRANTE E REFUGIADO	68
5.3 DIREITO DE ASILO: NORMAS INTERNACIONAIS E EUROPEIAS	73
5.4 ESTATÍSTICAS RECENTES DE PEDIDOS DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA	81
6 DECISÕES DO CONSELHO E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE ASILO E SOBRE REFUGIADOS.....	84
6.1 A DECISÃO (UE) 2015/1523 DO CONSELHO	84
6.2 A DECISÃO (UE) 2015/1601 DO CONSELHO	88
6.3 OS PROCESSOS C-643/15 E C-647/15	92
6.4 O PROCESSO C-578/16 PPU	97
6.5 BREVE ANÁLISE DA COM(2015) 285 FINAL	103
6.6 BREVE ANÁLISE DA COM(2017) 820 FINAL	106

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

O ano de 2015 ficou marcado por uma imagem que rodou – e chocou – o mundo: a do pequeno Alan, de apenas 3 anos. Realizando a travessia pelo mar Mediterrâneo em um bote em que estavam sua família – pai, mãe e seu irmão – além de outras 13 pessoas, apenas o pai do menino sobreviveu quando o bote virou na água. Alan morreu afogado, com seu corpo aparecendo nas areias da praia de Bodrum, na Turquia.

A imagem de Alan na praia sem vida tornou-se um símbolo da necessidade de serem buscadas soluções para um problema que já vinha ocorrendo há alguns anos: o crescente fluxo de refugiados do Oriente Médio, nomeadamente a partir da Síria. A guerra civil, um conflito que se arrasta desde 2011 no país árabe, levou à saída de mais de 5 milhões de pessoas do país, gerando um fluxo migratório sem precedentes desde a Segunda Guerra Mundial em direção à Europa.

Um dos grandes questionamentos feitos acerca desta situação diz respeito à resposta que se pode dar à mesma. Significa dizer, por outras palavras, que “alguma coisa precisa ser feita”, especialmente quando se considera a necessidade de garantia, por parte dos poderes instituídos – sejam Estados ou organizações internacionais de maneira geral –, do mínimo de dignidade destas pessoas.

Ora, parece não ser possível falar-se em dignidade sem se falar na proteção e garantia dos direitos fundamentais. A perspectiva aqui adotada é a de que são os direitos fundamentais que, quando devidamente garantidos e efetivados na realidade prática das pessoas, acabam por concretizar a dignidade humana.

Entretanto, tradicionalmente a noção de direitos fundamentais está diretamente relacionada ao chamado “Estado-nação”. Nesta visão compete a determinado Estado, no exercício de suas prerrogativas institucionais, garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos – ou, dependendo da situação específica, daqueles que se encontram em seu território – conforme originariamente previsto em documentos jurídicos internos a este mesmo Estado, nomeadamente em uma Constituição.

Tal visão, contudo, gera problemas alarmantes em uma situação fática em que as fronteiras já não correspondem àquilo que se vê na realidade. Por outras palavras, a noção tradicional de Estado-nação fundamentada no exercício de sua soberania no âmbito de determinado território vem sendo questionada – se não em seus aspectos oficiais e formais, pelo menos pela realidade do dia a dia das pessoas.

Assim, em um contexto em que a simples proteção estatal dos direitos fundamentais já não é suficiente para concretizar a dignidade humana, torna-se premente a ampliação do âmbito desta proteção. Isto é feito, em princípio, por meio de organizações internacionais, as quais pautam sua atuação em tratados internacionais de proteção e defesa dos direitos humanos.

A atuação de tais organizações internacionais, contudo, esbarra em entraves que nem sempre são facilmente solucionados. Ainda que o objeto de estudo do jurista seja a lei, é inegável que esta não existe em abstrato, “solta no mundo”. A lei está diretamente vinculada à realidade das pessoas. Significa dizer que a análise do diálogo jurídico entre instâncias distintas – o Estado e as organizações internacionais – passa, necessariamente, pelo entendimento mínimo das relações políticas existentes entre tais instituições.

O que se vê como resultado de tal análise é que muitas vezes os documentos jurídicos em si mesmos preveem a proteção ideal da dignidade humana, bem como de tudo que gravita ao seu redor – nomeadamente a defesa dos direitos mais básicos de todo ser humano. Porém, a aplicação de tais documentos jurídicos muitas vezes não é eficaz devido aos entraves políticos existentes entre as instâncias decisórias. Busca-se, infelizmente, saber “quem manda mais” ou “quem pode mais”, em vez de ser feita a efetiva e eficaz proteção daquele que é o sujeito das ações de tais instâncias – o ser humano.

É neste contexto que surge o problema de pesquisa deste trabalho: a aplicação das normas que versam sobre direitos fundamentais no âmbito dos tratados internacionais concretiza a devida proteção daqueles a quem tais normas são aplicadas?

A hipótese central do trabalho está vinculada à perspectiva de que existe grande fragilidade na concretização das normas que versam sobre direitos fundamentais no âmbito dos tratados internacionais. Como dito anteriormente, a despeito da existência de tais normas o que se vê é a sua não aplicação, ou sua aplicação conforme condicionantes outros que não a garantia da dignidade humana.

Para responder à pergunta do problema de pesquisa são estabelecidos seis objetivos principais, os quais são apresentados em cada capítulo deste trabalho. Desta forma, a construção teórica do Capítulo 1 se inicia com uma breve apresentação conceitual da ideia de direitos fundamentais. Tal apresentação é necessária porque, como dito acima, garante-se a dignidade humana quando há a concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido é relevante destacar a unicidade dos direitos fundamentais e também as promessas e desafios resultantes da expansão dos direitos fundamentais em âmbito internacional por meio dos direitos humanos.

Uma vez feita esta apresentação, parte-se para o Capítulo 2, em que é apresentada a ideia de constitucionalismo multinível no espaço geográfico europeu. A teoria do constitucionalismo multinível é relevante no âmbito deste trabalho porque é necessário identificar, especificamente no espaço europeu – que corresponde à delimitação geográfica deste trabalho –, como é feita a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. Para tanto fala-se a respeito da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por um lado, e são feitos apontamentos a respeito da chamada “tutela multinível” destes mesmos direitos no espaço europeu.

Estabelecido o contexto dos direitos fundamentais e da dignidade na União Europeia, passa-se à análise de como é feita a proteção específica dos refugiados em âmbito internacional. Vale destacar que a escolha da situação dos refugiados como objeto de análise é relevante não apenas devido à comoção internacional para o tema, como mostrado anteriormente, mas também porque parece não haver dúvidas de que os refugiados estão claramente em posição de vulnerabilidade, especialmente no que diz respeito à garantia de sua dignidade. É por tal motivo que realiza-se no Capítulo 3 breve análise de tratados internacionais que têm relação com este tema.

Passa-se, em seguida, à especificidade da proteção dos refugiados, desta vez na própria União Europeia. No Capítulo 4 é feita, portanto, a indicação de quais são os mecanismos jurídicos formalmente existentes no Direito europeu que visam à garantia da dignidade de tais pessoas. Aqui são analisados os documentos que formam a chamada “Constituição material” da União Europeia: o Tratado da União Europeia, o Tratado de Funcionamento da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Vale destacar que tais documentos são analisados exclusivamente sob o enfoque da proteção jurídica no âmbito do asilo e do refugiado.

Toda a construção teórico-jurídica realizada até aqui não teria sentido sem sua verificação em confronto com a realidade. É por tal motivo que no Capítulo 5 são apresentados os principais fatos relacionados à crise de refugiados na União Europeia. Para além da apresentação de estatísticas, identifica-se também nesta parte do trabalho a necessária diferenciação entre migrante e refugiado, por um lado, e por outro apresentam-se quais são as principais normas referentes ao asilo e ao refúgio que são aplicadas no espaço europeu. Ênfase é dada à relação entre a norma europeia e a norma internacional.

Por fim, mas não menos importante, busca-se no Capítulo 6 analisar de que maneira o direito posto é interpretado pelas mais altas instâncias decisórias da União Europeia. Para tanto é feita primeiramente a análise de duas Decisões do Conselho referentes a ações para a melhoria

das condições de vida dos refugiados. Em seguida analisam-se dois acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia referentes a questionamentos realizados por Estados do Leste em relação a tais decisões. Por fim verifica-se se as políticas propostas pela União Europeia efetivamente buscam a concretização das normas que versam sobre direitos fundamentais no âmbito dos tratados internacionais.

Um último aspecto a ser destacado diz respeito à metodologia utilizada no texto. Optou-se primeiramente pela realização de uma análise teórico-jurídica de conceitos-chave para os objetivos pretendidos. Significa isto dizer que a argumentação se sustenta não apenas na doutrina, mas também, e principalmente, nos próprios textos jurídicos presentes nos tratados, pactos, cartas e convenções. A escolha desta abordagem se fundamenta no fato de que, como dito anteriormente, a matéria-prima do jurista é o texto jurídico, seja a lei, a Constituição ou os tratados. Buscou-se, portanto, iniciar a argumentação com os textos jurídicos para só então apresentar-se a argumentação doutrinária e, mais ainda, para apenas depois poder verificar como tais textos jurídicos se efetivam – ou não – na prática.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, falar em *direitos fundamentais* é algo relativamente corriqueiro. Por um lado, vê-se corriqueiramente o uso desta expressão na mídia em geral, seja na televisão, em jornais ou em revistas, especialmente quando se considera a explicitação de sua utilização pelos poderes públicos. Por outro lado, e sob uma perspectiva um pouco mais jurídica, basta que o leitor interessado abra, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa (CRP) que verá, já no Preâmbulo, a presença desta expressão¹. Entretanto, a despeito da ampla utilização da expressão *direitos fundamentais*, o entendimento efetivo do que eles são não é tão simples quanto parece ser. Daí a necessidade de se fazer um breve histórico acerca da origem e, principalmente, da fundamentação jurídica dos direitos fundamentais na atualidade.

No que diz respeito ao surgimento dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que não há uma noção convergente a respeito da noção que a expressão representa. O entendimento do que significam os direitos fundamentais, em perspectiva histórica, varia conforme o local e conforme a concepção filosófica que sustenta sua definição². É possível, contudo, encontrar semelhanças em três lugares que historicamente são considerados como a origem de uma visão geral dos direitos fundamentais. Cada qual à sua maneira, contribuíram para o conceito os acontecimentos históricos ingleses, americanos e franceses.

Constitucionalistas em geral apressam-se em afirmar o valor histórico da *Magna Charta Libertatum*, de 1215. A perspectiva de muitos autores a respeito de tal documento fundamenta-se no fato de ela ter sido, aparentemente, o primeiro momento, ao menos na chamada “civilização ocidental”, em que foram positivados determinados direitos, liberdades e garantias dos cidadãos ingleses da época. Esta perspectiva é adotada considerando-se a limitação causada pela *Magna Charta* aos poderes dos monarcas ingleses, nomeadamente do rei João “Sem-Terra”, o que impediria o exercício do poder absoluto por parte de tais monarcas.

Porém, é de se questionar se a *Magna Charta* efetivamente tem vínculos com a ideia de direitos fundamentais. Por outras palavras, deve-se verificar se aquilo que este documento garantiu corresponde efetivamente à percepção atual de direitos, liberdades e garantias. Nesta perspectiva, uma leitura atenta do documento mostra que, apesar do mesmo conter elementos que são essenciais para o Estado de direito da atualidade, muitas de suas definições são datadas,

¹ “A Revolução restituiu aos Portugueses os *direitos e liberdades fundamentais*”. PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional [2005], p. 1, grifo nosso. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

² QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Teoria geral. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 17.

não tendo qualquer possibilidade de aplicação na atualidade. Na verdade, apenas três de seus 63 parágrafos estão ainda em vigor³, o que mostra que a importância *prática* da *Magna Carta* na definição dos direitos fundamentais na atualidade não é tão grande quanto possa parecer⁴.

Desta forma, verifica-se que no caso inglês os primeiros documentos a falarem em direitos fundamentais *no mesmo sentido atual* são a *Petição dos Direitos*, de 1628; a *Declaração de Direitos*, de 1689; e em vários atos legislativos do Parlamento inglês da época, dentre os quais o de maior importância é o *Habeas Corpus Act* de 1679. Ou seja, é apenas no século XVII que começa a ocorrer, sob uma perspectiva efetivamente jurídica, a *fundamentalização*⁵ de determinados direitos, liberdades e garantias no âmbito daquilo que se considera como Constituição inglesa.

Em outro giro, a contribuição americana está diretamente vinculada aos direitos fundamentais porque concretizou elementos que são centrais da doutrina do *Constitucionalismo*, a qual, por sua vez, busca não apenas garantir, mas também concretizar os direitos fundamentais. Nesta perspectiva a Revolução Americana e a subsequente Constituição americana de 1787 são importantes porque correspondem à afirmação constitucional dos direitos fundamentais nos Estados Unidos da América.

Tendo sido a primeira Constituição formalmente criada por representantes do povo⁶, a Constituição dos Estados Unidos definiu determinados parâmetros de conteúdo jurídico que seriam posteriormente utilizados por inúmeras outras Constituições em todo o mundo em períodos posteriores. Destacam-se aqui a própria garantia dos direitos fundamentais do cidadão pela limitação da atuação do Estado, a efetiva separação de poderes entre órgãos distintos e o sistema político de representação popular⁷. Veja-se neste mesmo sentido:

O princípio do Governo limitado torna-se hoje atuante, em primeiro lugar, mediante uma Constituição escrita, que contém variadas normas jurídicas organicamente vinculadas entre si: estas normas não só regulam o funcionamento dos órgãos do

³ “Apenas três das cláusulas originais da Magna Carta ainda são lei. Uma defende a liberdade e os direitos da Igreja inglesa, outro confirma as liberdades e costumes de Londres e outras cidades, mas a terceiro é a mais famosa: ‘Nenhum homem livre será apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, ou banido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra maneira, nem iremos prosseguir com força contra ele, ou enviar outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal por seus iguais ou pela lei da terra’.”. BRITISH LIBRARY. *Magna Carta. The basics*. Tradução livre do autor. Disponível em: <<https://www.bl.uk/treasures/magnacarta/basics/basics.html>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁴ Por sua vez, quando se analisa a *Magna Charta* sob uma perspectiva do *constitucionalismo* em geral, torna-se premente reconhecer sua importância fundamental na origem do que atualmente se conhece por *Estado de direito*. O tema, porém, não será aqui abordado em profundidade, por não ser este o foco deste trabalho.

⁵ QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 17.

⁶ É claro que pode-se questionar o próprio conceito de *povo* à época da ratificação da Constituição americana de 1787. Contudo, considerando-se os limites deste trabalho não se fará aqui uma explicitação completa deste conceito. Sobre o conceito de povo, por todos, ver MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁷ SILVA, Matheus Passos. *Breve história da formação do Estado moderno*. Brasília: Vestnik, 2014, p. 99.

Estado, como consagram sobretudo os direitos dos cidadãos, postos como limite ao poder do Estado. A Constituição baseia sua legitimidade em um duplo fundamento: no próprio conteúdo das suas normas, que se impõem por sua intrínseca racionalidade e justiça, e em sua fonte formal, isto é, em sua emanção da vontade direta e soberana do povo, manifesta por meio de uma Assembléia [*sic*] Constituinte e/ou *referendum*. [...] Em segundo lugar, a Constituição moderna possui um caráter rígido e inelástico, no sentido de que suas normas não podem ser nem modificadas nem interpretadas pela vontade legislativa normal, uma vez que são hierarquicamente superiores às normas ordinárias, porquanto o poder constituinte é superior ao legislativo. Portanto, para modificar a Constituição, há um procedimento específico a cumprir, que requer uma maioria qualificada. Existe uma terceira característica, a mais importante de todas, pois é a que torna eficaz a supremacia da lei ou, melhor, da Constituição. Trata-se do poder judiciário em conjunto, como na América, ou de um órgão *ad hoc*, como na Itália; em suma, de uma corte judiciária que, além de dirimir os eventuais conflitos entre os diversos órgãos do Estado, zela pela justiça das leis, isto é, pela sua conformidade com as normas fundamentais. A existência deste órgão é essencial, porque, de outro modo, não existiria qualquer outro remédio contra a violação da Constituição por parte do Governo-maioria, afora o direito abstrato à revolução ou uma hipotética possibilidade de recorrer à força⁸.

Como se percebe, veio a Constituição americana a concretizar a ideia de *liberdade individual*, a qual é uma das bases dos direitos fundamentais na atualidade. E isto fica ainda mais claro quando se considera o surgimento da *Declaração de Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos*, de 1791, que trouxe as dez primeiras emendas à Constituição de 1787 e cujo objetivo era positivar os direitos fundamentais do cidadão americano. Destacam-se, nesta perspectiva, as Emendas I, IV, V e IX, que trazem respectivamente: o direito à liberdade de religião, de expressão e de associação; o direito à inviolabilidade do lugar de moradia; o direito ao devido processo legal; o direito a ter outros direitos não enumerados na própria Constituição⁹. A importância da Constituição americana para a estruturação e fortalecimento dos direitos fundamentais – ainda mais importante do que os documentos ingleses – não pode, portanto, ser negada.

Embora tais documentos (no caso da Inglaterra) tenham passado a integrar a tradição constitucional inglesa, os direitos neles reconhecidos não podem ser equiparados (ainda mais no que diz com o estado de coisas dos séculos XVII e XVIII) aos direitos fundamentais atualmente consagrados nas Constituições. A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão], de 1789, *foram os direitos consagrados nas primeiras emendas incorporadas à Constituição norte-americana (a partir de 1791) que vieram a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais*¹⁰.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998, p. 255-6, grifo no original.

⁹ UNITED STATES. National Archives. *The Bill of Rights: a transcription*. Last reviewed on June 26, 2017. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 268-9, grifo nosso.

Nesta perspectiva, a Constituição americana se transforma no primeiro documento jurídico a concretizar os direitos fundamentais porque será o garante, pela primeira vez na História, da possibilidade que o cidadão tem de invocar tais direitos frente à atuação do Estado. Por outras palavras, significa dizer que a Constituição americana configurou-se *efetivamente* como uma garantia jurídico-política contra eventuais abusos do poder por parte do Estado¹¹, especialmente quando se considera a criação – e o real *fortalecimento* – da Suprema Corte como uma instituição jurídica – e não política – responsável pela defesa destes mesmos direitos fundamentais¹².

Por fim, mas ainda a respeito da Constituição americana, vale destacar a força *material* de suas regras jurídicas. Significa dizer, portanto, que aquilo que a Constituição americana traz fundamenta-se na prática não apenas pela sua força *formal*, ou seja, por ter sido criada conforme um processo legislativo considerado como legalmente válido à sua época. Mais que isso, a Constituição americana contém *valores* a serem seguidos pela sociedade americana, e tais valores são basilares no que concerne à própria interpretação realizada pela Suprema Corte da Constituição. Uma vez que tais valores são compartilhados por toda a sociedade, a interpretação da Constituição torna-se elemento central não apenas na definição do conteúdo dos direitos fundamentais nela previstos, mas também em seu fortalecimento junto à própria sociedade¹³, em verdadeiro círculo virtuoso.

Considera-se que os documentos jurídicos resultantes da Revolução Francesa correspondam ao terceiro elemento formador do conceito de direitos fundamentais em seu sentido contemporâneo. É possível fazer-se tal afirmação a partir da leitura da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Tal documento enquadra-se como fundamental na construção histórica dos direitos fundamentais não apenas por ter sido redigido, à semelhança da Constituição americana, com base na ação dos “representantes do povo francês, reunidos em uma Assembleia Nacional”¹⁴, mas também, e especialmente, pelo seu conteúdo declarativo¹⁵ a respeito dos direitos fundamentais.

¹¹ SILVA, *Breve história...*, cit., p. 101.

¹² SARLET, *Curso de Direito...*, cit., p. 269.

¹³ McCLELLAND, J. S. *A history of western political thought*. Londres, Reino Unido: Taylor & Francis e-Library, 2005, p. 359.

¹⁴ FRENCH REPUBLIC. Constitutional Council of the French Republic. *Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789*. Issue 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

¹⁵ A expressão “conteúdo declarativo” diz respeito ao fato de que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* é um documento eminentemente político, e não jurídico como a Constituição americana. Sobre o tema ver ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 66. Entretanto, vale destacar que “em 1971 o Conselho Constitucional reconheceu a relevância jurídica”

Apresentam-se relevantes, nesta argumentação, o artigo 1 da *Declaração*, que traz que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. O artigo 2 indica que “o objetivo de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem”, complementando que “estes direitos são a Liberdade, a Propriedade, a Segurança e a Resistência à Opressão”. Destaca-se também, a título de indicação, o artigo 4, cuja redação é esta: “a liberdade consiste em poder fazer qualquer coisa que não prejudique os outros: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites podem ser determinados apenas por lei”¹⁶.

E, em consonância com a Constituição americana e com os documentos fundamentais ingleses, a *Declaração* define, em seu artigo 7, que “nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido, exceto nos casos determinados pela Lei, e seguindo o procedimento que prescreveu”. E este mesmo artigo complementa: “aqueles que solicitam, expedem, executam ou fazem com que sejam executadas ordens arbitrárias devem ser punidos”. Ainda a título de ilustração, vale destacar o artigo 11: “a livre comunicação de ideias e opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Qualquer cidadão pode, portanto, falar, escrever e publicar livremente, exceto o que é equivalente ao abuso desta liberdade nos casos determinados por lei”. Por fim, mostrando o avanço da *Declaração* em direção à garantia dos direitos fundamentais, destaca-se o artigo 15: “a sociedade tem o direito de pedir a um funcionário público uma prestação de contas referentes à sua administração”¹⁷.

Em suma, o que se vê nesse momento é não apenas o surgimento dos direitos fundamentais, mas também a sua constitucionalização, ou ao menos a sua positivação. Significa dizer, por outras palavras, que os direitos que tradicionalmente eram chamados de *naturais* pela doutrina filosófico-jurídica dos séculos XV, XVI e XVII¹⁸ passaram a ser transformados em imperativos legais, por um lado, ao mesmo tempo em que surgiu a possibilidade de tais direitos virem a ser exigidos pelo cidadão em oposição ao Estado, por outro. Fundamentais são, portanto, ao menos até meados do século XIX, os chamados *direitos de defesa* do cidadão em relação ao Estado ao qual está juridicamente vinculado¹⁹.

(ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. I, cit., p. 76) desta mesma *Declaração*, o que permite a argumentação da relevância do documento para a teoria dos direitos fundamentais na atualidade.

¹⁶ FRENCH REPUBLIC, *Declaration of Human...*, cit., p. 1.

¹⁷ FRENCH REPUBLIC, *Declaration of Human...*, cit., p. 2.

¹⁸ Destacam-se, dentre inúmeros outros autores, as obras dos principais autores contratualistas, quais sejam, Thommas Hobbes (*O Leviatã*), John Locke (*Segundo tratado sobre o governo civil*) e Jean-Jacques Rousseau (*O contrato social*).

¹⁹ QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 17.

Chega-se, neste percurso histórico, a meados do século XIX, momento em que a ideologia do liberalismo está em seu ápice. Na perspectiva liberal, já devidamente positivada, as relações entre os indivíduos são única e exclusivamente regulamentadas pela legislação. Ainda que sob uma perspectiva jurídica tal interpretação não cause maiores estranhamentos, a realidade de meados do século XIX e início do século XX é outra: existem inúmeras e gritantes diferenças *sociais* entre as pessoas. Passa-se assim ao seguinte questionamento: é competência do Estado regular estas situações?

Antes de se passar à próxima fase dos direitos fundamentais, vale aqui um exemplo hipotético para ilustrar a situação. Suponha-se que um empregador “A” qualquer, no exercício de suas liberdades individuais à época, decidisse oferecer uma vaga de emprego que pagasse o equivalente a 100 (cem) euros por mês. A exigência de trabalho é de 6h às 20h, com apenas 15 min de pausa para almoço e mais 15 min de pausa para jantar. Por sua vez, o cidadão “B”, que encontra-se atualmente desempregado, ao ver tal vaga decide aceitá-la, iniciando os trabalhos em tal empresa.

Sob a perspectiva exclusivamente liberal da época, em que consideravam-se apenas as relações *formais* entre as pessoas, nada havia para ser regulado pelo Estado. O empregador “A”, no exercício do seu direito de propriedade – como dono da empresa – e no exercício do seu direito à liberdade, oferecia a vaga a quem quisesse. O cidadão “B”, desempregado e necessitando de pagar pelos insumos necessários à sua vida, no exercício de seu direito à liberdade, decidia aceitar a vaga disponível, mesmo que em condições extenuantes. Nesta situação estabelecer-se-ia uma relação de trabalho entre ambos fundada na expressão de vontade das partes, sem nenhum tipo de interferência de terceiros – seja por parte do Estado, seja por parte dos demais da sociedade. “Na perspectiva liberal não se questionaria se tal salário conseguiria garantir as condições mínimas de vida ao trabalhador porque a decisão de se submeter a tal relação de trabalho foi livre, sem nenhum tipo de coação social ou estatal”²⁰.

É nesta situação que surgem, ainda no século XIX, inúmeros autores que questionavam tal estado de coisas. Dentre tais autores destaca-se Karl Marx, cujos escritos mostravam que o sistema liberal-capitalista da época dava origem à desigualdade social, por um lado, e que tal desigualdade social, por outro, gerava desigualdades nas esferas política e jurídica. Da mesma

²⁰ SILVA, Matheus Passos. As diferentes concepções paradigmáticas de uma Constituição e o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional. *Revista Projeção, Direito e Sociedade*. Vol. 5, n. 2, 2014, p. 17-8. Disponível em: <<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/409/366>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

forma, movimentos revolucionários tentavam mudar a situação, como foi o caso, por exemplo, da Comuna de Paris em 1871²¹.

Tais ideias questionadoras do *status quo* resultaram na ampliação da ideia de direitos fundamentais: estes, lentamente, deixaram de ser entendidos apenas como *direitos de defesa* do cidadão frente ao Estado e passaram a ser vistos também como *deveres* de fazer *por parte* do Estado. Significa dizer, portanto, que os chamados *direitos de segunda dimensão*, ou melhor, os chamados *direitos econômicos, sociais e culturais*, pressupõem uma atuação do Estado para concretizar elementos que tragam benefícios para os cidadãos. Correspondem, portanto, a uma ação por parte do poder público, indicando obrigações prestacionais por parte do Estado com o objetivo de concretizar a solidariedade junto à sociedade como um todo²².

Foi assim que surgiu na Alemanha, em 1833, o primeiro ordenamento jurídico referente à previdência social. Por sua vez, em termos constitucionais, a primeira grande afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais deu-se com a Constituição do México, em 1917, e com a Constituição de Weimar, em 1919²³. A partir daí a ideia de direitos fundamentais se amplia, já que compete agora ao Estado não apenas proteger o cidadão de suas eventuais investidas indevidas como também prover a este mesmo cidadão os insumos necessários para que este possa viver com um *mínimo existencial* em sociedade.

O surgimento do chamado *Estado de bem-estar social*²⁴ no segundo pós-guerra configurou-se como verdadeiro reforço a esta nova perspectiva dos direitos fundamentais. Especificamente na Europa os Estados nacionais passaram a prover o cidadão com serviços, tais quais educação, saúde e transporte. O objetivo pode ser visto, sob uma perspectiva econômica, com sendo a redução das desigualdades sociais; por sua vez, sob uma perspectiva jurídica, o que se viu foi o surgimento e o gradual fortalecimento da ideia de *dignidade humana*, o qual se consolidou, sob a égide constitucional, em verdadeiro *princípio*. Mais que isso, a dignidade humana apresenta-se “não apenas como fundamento, mas especificamente como regra autónoma dotada de valor constitucional”²⁵.

Significa dizer, portanto, que a teoria dos direitos fundamentais englobava agora não apenas os direitos, liberdades e garantias – a face do “não fazer” do Estado –, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais – a face do “fazer” do Estado. A atuação do Estado

²¹ SILVA, *As diferentes...*, cit., p. 18.

²² QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 19.

²³ SILVA, *As diferentes...*, cit., p. 18.

²⁴ SILVA, Matheus Passos. Origens dos modelos de estado de bem-estar social e de estado neoliberal. *Revista do curso de Direito da Faculdade Projeção*. Ano 3, nº 4 (janeiro/julho 2008). Brasília: Vestcon, 2008, p. 12-3.

²⁵ QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 23.

visando à concretização deste conjunto de direitos devidos aos cidadãos é que levaria à ideia de dignidade humana, alçado ao vetor central da própria teoria dos direitos fundamentais.

1.1 A UNICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma vez feito o breve histórico do surgimento dos direitos fundamentais, permanece a questão: *o que são direitos fundamentais?* A perspectiva aqui adotada é aquela que define direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas ativas [*sic*]²⁶ das *pessoas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”²⁷. A definição pressupõe alguns elementos importantes de serem analisados, nomeadamente a interpretação tanto formal quanto material da Lei Fundamental.

Em primeiro lugar, é importante destacar que os direitos fundamentais são posições jurídicas *subjektivas*. Significa dizer, portanto, que os direitos fundamentais são garantidos independentemente de o cidadão exigi-los ou não. Tal entendimento é reforçado pelo fato de que tais direitos estão “assentes na Constituição”, ou seja, estão devidamente positivados em um texto constitucional que garante tais direitos sem que necessariamente o cidadão precise exigi-los por via judicial.

Outro ponto fundamental nesta definição é que será necessário à argumentação posterior neste texto diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais são vinculados a *pessoas*, não a *cidadãos*. Ora, indubitavelmente que os direitos fundamentais só podem ser exigidos frente ao Estado; por outras palavras, significa dizer que “não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada”²⁸. Não é possível vislumbrar

²⁶ O correto é “posições jurídicas *subjektivas*”, como se vê em uma primeira versão do manuscrito (MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Introdução geral. Apontamentos das aulas. Lisboa, 1999). Mais que isso, ao longo do texto fala-se frequentemente em “posições jurídicas subjektivas”, pelo que se depreende que aqui o autor também queria utilizar tal expressão. Considera-se, portanto, que no original houve erro no momento da edição do livro. Porém, como aqui está-se a fazer uma citação direta das palavras do autor, optou-se pela colocação integral, inclusive com o erro, sendo este indicado pela expressão latina *sic*.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 9, grifo no original.

²⁸ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 10.

a existência de tais direitos sem que exista uma instituição hierarquicamente superior – o Estado²⁹ – a aplicar tais regras jurídicas visando à concretização de tais direitos³⁰.

Nesta perspectiva de predomínio estatal da administração da sociedade, seria de se pressupor que os direitos fundamentais fossem garantidos aos *cidadãos* de determinado Estado. Por outras palavras, o cidadão português teria seus direitos fundamentais garantidos e efetivados pelo Estado português; o cidadão espanhol, pelo Estado espanhol; o cidadão brasileiro, pelo Estado brasileiro. Afinal, sob uma perspectiva legalista há vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado ao qual aquele se submete.

Entretanto, não é isto que a definição traz: fala-se em *pessoas*. Significa dizer que *qualquer* ser humano, *independentemente* de ser ou não cidadão daquele Estado em cujo território se encontra, precisa ter garantidos seus direitos fundamentais³¹. Esta interpretação caminha em direção ao já mencionado princípio da dignidade humana, pelo qual as pessoas devem ter sua dignidade garantida *porque são pessoas*, ou seja, *são um fim em si mesmas*, e não porque são *meios* para que fins sejam atingidos.

Soma-se a esta perspectiva a ideia de *unicidade dos direitos fundamentais*. A expressão significa a visão global e unificada de que todos os direitos – sejam os direitos, liberdades e garantias, sejam os direitos econômicos, sociais e culturais – são direitos fundamentais. Tal visão é relevante porque é ela que, em última instância, irá sustentar a percepção de dignidade humana. Não se pode pressupor a concretização desta dignidade humana se não houver a garantia, por parte do Estado, de *todos* os direitos fundamentais – bem como, é claro, de sua efetividade na vida cotidiana das pessoas.

Vale destacar, entretanto, que nem todos os autores concordam com o entendimento de que a expressão *direitos fundamentais* englobe os direitos, liberdades e garantias *e também*

²⁹ Vale destacar que a superioridade hierárquica aqui designada ao Estado não se configura, necessariamente, em uma relação de mando e obediência – mando do Estado e obediência da sociedade –, mas sim sob a perspectiva weberiana de compreensão do Estado como a instituição que detém o monopólio do uso legítimo da força física em determinado território. WEBER, *apud* BOBBIO, *Dicionário de política*, cit., p. 426.

³⁰ A doutrina fala, é claro, a respeito da aplicação *horizontal* dos direitos fundamentais, ou seja, da garantia dos direitos fundamentais não apenas nas relações Estado-sociedade, mas também nas próprias relações entre aqueles que compõem a sociedade – inclusive no respeito aos direitos fundamentais das pessoas singulares por parte das pessoas coletivas. Entretanto, o entendimento que se deve ter aqui é o de que tal aplicação horizontal dos direitos fundamentais só será eficaz *se houver uma instituição hierarquicamente superior exigindo tal aplicação*. Significa dizer, por outras palavras, que é plenamente possível argumentar que uma empresa qualquer apenas respeitará os direitos fundamentais dos seus clientes se houver o Estado obrigando-a a fazer isto.

³¹ É por tal motivo que a CRP, em seu artigo 15.º, n.º1, estabelece que “os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português” PORTUGAL, *Constituição da República...*, cit., p. 4-5. Ora, se todos são *pessoas*, devem então ter os mesmos direitos fundamentais garantidos pelo Estado português, ainda que não sejam *cidadãos*, isto é, *nacionais* do Estado português – consideradas, é claro, as devidas exceções, nomeadamente aquelas relacionadas aos direitos políticos e que estão presentes nos demais números deste mesmo artigo.

os direitos econômicos, sociais e culturais. A argumentação levada a cabo fundamenta-se na eventual distinção existente, em inúmeras Constituições, a respeito destes dois conjuntos de direitos³².

Nesta perspectiva argumenta-se, por exemplo, que a CRP traz uma diferenciação explícita entre tais direitos, inclusive com o *primado* dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal primado caracterizar-se-ia não apenas pelo “reconhecimento do privilégio do *regime jurídico especial*, mas também [pel]o reconhecimento da desigual importância e do distinto estatuto jurídico desses dois tipos de direitos fundamentais, de onde decorre uma *instrução* dada ao intérprete *no sentido da diferenciação*”³³.

Assim o seria porque não compete ao jurista “sobrepôr-se às decisões do poder constituinte, reescrevendo a Constituição no sentido que mais se aproxime do seu sistema de valores ou das suas construções teóricas”³⁴. Argumentos valorativo-axiológicos, teóricos ou mesmo dogmáticos não sustentariam a união de coisas que o constituinte originário optou por deixar separadas *no texto da lei* (no caso, da CRP).

Para além disso, haveria ainda duas distinções que justificariam a separação destes dois grupos de direitos. A primeira distinção diz respeito ao *plano constitucional positivo*. Significa dizer, neste raciocínio, que os direitos, liberdades e garantias são essencialmente *direitos negativos*, isto é, direitos que se concretizam quando o Estado *não atua*, tendo, portanto, uma função primária de *defesa* do cidadão frente à ação do Estado, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais são essencialmente *direitos positivos*, ou seja, concretizam-se *apenas* quando o Estado atua, possuindo estes, portanto, função primária de *prestação social*, corrigindo desigualdades sociais³⁵.

Já a segunda distinção refere-se ao chamado *plano técnico-jurídico*. Por outras palavras, cabe distinguir os direitos, liberdades e garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais com base nos critérios “da *determinabilidade do conteúdo*, da *natureza dos condicionamentos* que afectam a realização de cada uma dessas categorias de direitos e do *tipo de dever predominante*”³⁶. Nesta argumentação os direitos econômicos, sociais e culturais são:

³² Como aparentemente parece ser o caso da CRP, que traz em seu artigo 17.º que “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga” (PORTUGAL, *Constituição da República...*, cit., p. 5). Os defensores da ideia de “separação” dos direitos fundamentais, no caso português, defendem que os direitos econômicos, sociais e culturais não são abrangidos pelo regime dos direitos fundamentais em Portugal porque estão elencados no Título III, não no Título II. Ora, se o artigo 17.º restringe apenas ao Título II, seria “natural” a exclusão dos demais direitos, nomeadamente aqueles presentes no Título III. Argumenta-se aqui, porém, que tal visão é equivocada, como será mostrado mais adiante neste texto.

³³ ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 103.

³⁴ ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. II, cit., p. 103.

³⁵ ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. II, cit., p. 96-7.

³⁶ ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. II, cit., p. 97, grifo no original.

precipualemente indetermináveis no seu conteúdo, inclusive no que diz respeito à normal constitucional³⁷; dependem da existência de recursos financeiros, cuja aplicação, por sua vez, pressupõe a definição de prioridades – o que, por sua vez, levaria à flexibilidade de concretização, variando, portanto, o próprio conteúdo do direito em tela; fazem com que o Estado tenha efetivamente um *dever de promoção*, o que não se configuraria como função precípua do Estado³⁸.

Da mesma forma, há autores que consideram que a ideia de dignidade humana esteja sobrevalorizada nos dias atuais. Além disso, a dignidade seria muito mais um princípio *social* do que efetivamente jurídico, já que carece de uma definição clara e precisa do seu conteúdo.

Nesta perspectiva, a primeira crítica refere-se à ideia de que *toda interpretação jurídica*, nomeadamente a constitucional, deva submeter-se à ideia de dignidade humana. Por outras palavras, argumenta-se que não se pode entender a dignidade humana como um *princípio jurídico supremo* ao qual todos os demais submeter-se-iam na resolução de conflitos jurídicos³⁹. Assim, antes de simplesmente tomar-se uma decisão fundamentando-se “na dignidade humana”, o jurista deve analisar a proporcionalidade dos princípios jurídicos que porventura possam ser aplicados ao caso concreto para que seja encontrado, a partir de tal proporcionalidade, o melhor princípio para a solução da controvérsia apresentada.

A segunda crítica diz respeito ao próprio conteúdo do conceito de dignidade humana. Independentemente das inúmeras definições apresentadas visando à qualificação de tal conteúdo, fato é, nesta visão crítica, que *a dignidade humana não tem conteúdo jurídico autônomo*. Significa dizer que sua definição é controversa, filosoficamente dependente, e vinculada a uma “grandeza cultural sujeita a diversas compreensões”. Nesta visão, portanto, “o conteúdo da norma da dignidade da pessoa humana não é dado diretamente por ela, mas sim, em mais um ‘efeito de cascata’ [...], por toda uma série de princípios, subprincípios e regras, a começar pelos direitos fundamentais e por toda a engenharia constitucional do Estado de Direito”⁴⁰. O que se viola, portanto, seria não a dignidade humana em si, mas sim uma norma constitucional que compõe a dignidade.

³⁷ O argumento seria o seguinte: existe, por exemplo, o direito à educação. Mas o que significa *direito à educação*? Corresponde à educação básica, secundária ou superior? É uma educação completamente gratuita ou comparticipada? Permitir-se-iam escolas privadas ou apenas públicas? É neste sentido, na argumentação de tais autores, que o conteúdo de um *direito à educação* é indeterminado, em contraposição ao *direito à propriedade*, por exemplo.

³⁸ ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. II, cit., p. 97.

³⁹ ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. II, cit., p. 85.

⁴⁰ ALEXANDRINO, *Lições de Direito...*, Vol. II, cit., p. 85-6.

Expostas tais críticas, deve-se ressaltar que os direitos fundamentais parecem sem dúvida formar um *corpo coeso de direitos*, em vez de apresentarem-se como divididos em “direitos, liberdades e garantias” de um lado e em “direitos econômicos, sociais e culturais” de outro. Assim o é porque os direitos fundamentais são entendidos como “direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa”⁴¹. Vale dizer, são os direitos fundamentais em conjunto que definirão o *status civitatis* de cada indivíduo, de cada ser humano.

E isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão *formal*, sem dúvida, mas também – e talvez seja possível dizer *principalmente* – possuem uma dimensão material. Se por um lado os direitos fundamentais, para o serem, necessitam de positivação constitucional explícita – posto não haver interesse em se deixar ao Direito natural a definição do que seriam tais direitos fundamentais –, por outro tais direitos contêm uma camada de *materialidade* que vai além da sua forma, vinculando-se à ideia de pessoa e, conseqüentemente, à sua própria dignidade.

Isto não significa dizer que os direitos fundamentais são *cláusulas abertas* passíveis de preenchimento do seu conteúdo a bel prazer do intérprete. Significa, sim, dizer que o pressuposto *material* dos direitos fundamentais está vinculado aos “direitos resultantes da conceção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”, o que leva a que “sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá julgar-se que tal conceção, tal ideia ou tal sentimento não assente num *mínimo de respeito pela dignidade* do homem concreto”⁴².

Certo é compreender, portanto, e a título de exemplo, que se a CRP tivesse eventualmente uma real distinção *formal* entre direitos, liberdades e garantias de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais de outro, tais direitos, por meio da interpretação do jurista, deveriam ser vistos como formadores de uma unicidade constitucional em prol dos direitos fundamentais *materiais* – seria dizer, em prol da dignidade humana. Isto porque

quando tal conceção, tal ideia ou tal sentimento se traduza numa Constituição material pouco favorável aos direitos das pessoas, compressora deles ou negadora de direitos que, noutras partes do mundo, ou que, à luz de uma consciência universal, deveriam ser reconhecidos, o que está em causa não é o elenco dos direitos fundamentais em si; o que está em causa é a *deficiência dessa Constituição material em confronto com outras, o caráter do regime político correspondente, a situação de opressão ou alienação* em que vivia certo povo. [...] Situando os direitos fundamentais no contexto

⁴¹ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 12.

⁴² MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 12-3, grifo nosso.

da Constituição material, permite apercebê-los à luz dos princípios e dos fatores de legitimidade de que dependem⁴³.

Nunca é demais ressaltar este aspecto, o qual terá importância basilar na argumentação que se seguirá neste texto: os direitos fundamentais não se limitam exclusivamente àqueles previstos *na letra da lei*. Veja-se o caso da própria CRP, que ao falar sobre o âmbito e o sentido dos direitos fundamentais em seu artigo 16.º, indica, no n.º 1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição *não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”⁴⁴. O mesmo acontece no caso brasileiro, em que o § 2º do artigo 5º traz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros *decorrentes do regime e dos princípios* por ela adotados, *ou dos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴⁵.

Percebe-se pelos exemplos que as Constituições acabam por dar abertura ao intérprete constitucional na direção de agregar outros aspectos que não aqueles diretamente abarcados pela *letra da lei*. É claro que não se defende aqui, em hipótese alguma, a percepção esposada por determinados autores de que é possível fazer interpretação, mormente constitucional, sem fundamentação jurídica, com base apenas – ou principalmente – em *valores morais pessoais*: ao contrário, defende-se que toda ordem jurídica fundamenta-se e é interpretada “sempre através de normas positivas”⁴⁶, mesmo que o conteúdo de tais normas positivas seja vinculado ao Direito natural.

Uma última nota sobre a unicidade dos direitos fundamentais refere-se ao fato de que a inclusão de todos os direitos – os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais – na categoria de *direitos fundamentais* está diretamente relacionada ao “alargamento dos direitos fundamentais para além dos direitos individuais”⁴⁷. Ou seja, o que está em causa é o reconhecimento de que outros elementos para além daqueles estrita ou exclusivamente individuais compreendem direitos, direitos que são fundamentais. Ao considerarem-se todos estes direitos como fundamentais, está-se a reconhecer que a pessoa

⁴³ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 13, grifo nosso. É interessante notar que logo no parágrafo subsequente o autor fala que a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material “remonta, de algum modo, ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos”, conforme fora explicado anteriormente neste texto.

⁴⁴ PORTUGAL, *Constituição da República...*, cit., p. 5, grifo nosso.

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo n.º 186/2008, p. 17, grifo nosso. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

⁴⁶ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 15.

⁴⁷ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 16.

humana insere-se em uma coletividade sem a qual não consegue sobreviver: é uma “inserção comunitária, sem a qual a pessoa humana, sobretudo na época atual, fica desamparada e ameaçada”⁴⁸. O entendimento dos direitos fundamentais como um todo implica na ideia de aceitação da vida em sociedade, a qual se apresenta cada vez menos vinculada a este ou aquele Estado devido a processos tais quais o da globalização, ao mesmo tempo em que se busca ampliar os níveis de proteção de tais direitos, inclusive em nível internacional como se verá a seguir.

1.2 A EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM – PROMESSAS E DESAFIOS

A organização político-jurídica dos Estados na atualidade impõe desafios no que diz respeito à efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Talvez o principal desafio esteja relacionado a qual entidade – se estatal, supraestatal, paraestatal ou até mesmo *sui generis* – irá atuar no que diz respeito não só à garantia, mas também à efetividade dos direitos fundamentais.

Como mostrado anteriormente, os direitos fundamentais possuem uma concepção material, ainda que esta seja claramente dependente da concepção formal. Significa dizer, por outras palavras, que o ordenamento jurídico precisa estar devidamente positivado⁴⁹, ainda que possa sofrer influências originárias da consciência jurídica universal ou de vetores jurídicos vinculados ao Direito natural.

Em um contexto de um Estado em sentido clássico – definido tradicionalmente pelo trinômio *povo, território e poder político organizado* – a principal fundamentação da garantia e da efetividade do direito fundamental é a *soberania*. Significa dizer que os direitos fundamentais serão garantidos e efetivados pelo Estado no âmbito do seu próprio território, seja por meio da abstenção de ações por parte do Estado, seja por meio da atuação explícita do Estado. O importante a destacar é que nesta visão ocorre apenas uma proteção interna dos direitos fundamentais, já que as ações do Estado, se por um lado são soberanas dentro do seu território, por outra encontram limites justamente nas fronteiras deste mesmo Estado.

Entretanto, a realidade vivida já no século XX, e especialmente neste início de século XXI, é bastante diferente da realidade que deu origem ao Estado moderno. Esta instituição, em

⁴⁸ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 16.

⁴⁹ Seja em Constituições em sentido formal ou, também, em Constituições em sentido material, como se verá mais à frente neste texto.

sua origem nos idos do século XVI, *necessitava* da soberania para se autoafirmar e para se estabelecer como tal; agora, em pleno século XXI, as condicionantes político-econômicas, bem como as jurídicas, fazem com que a noção de soberania seja razoavelmente fluida. E assim o é não apenas porque, por um lado, a atuação do Estado ultrapassou suas próprias fronteiras, ultrapassando as barreiras jurídicas tradicionalmente existentes⁵⁰; mas sim porque, por outro, “a soberania entra em crise perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional”⁵¹, o que permite reforçar e até mesmo substituir os níveis de proteção dos direitos *do homem* – e não mais “apenas” *fundamentais* – que previamente eram garantidos apenas pelos Estados.

É neste contexto, a título exemplificativo, que surgem documentos internacionais que visam à proteção dos direitos do homem em âmbito internacional, tais como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*⁵², o *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*⁵³, o *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*⁵⁴, a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*⁵⁵, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*⁵⁶, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*⁵⁷ e a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*⁵⁸.

Em princípio esperava-se que tais documentos internacionais tivessem uma dupla função, ambas positivas no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Por um lado,

⁵⁰ Veja-se, para exemplificar este raciocínio, a situação em que empresas estatais realizam investimentos em outros Estados.

⁵¹ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 43.

⁵² UNICEF BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵³ PORTUGAL. Ministério Público. *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*. Início de vigência na ordem internacional: 03/01/1976. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵⁴ PORTUGAL. Ministério Público. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Início de vigência na ordem internacional: 03/01/1976. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵⁵ PORTUGAL. Ministério Público. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Início de vigência na ordem internacional: 03/09/1953. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comunicações e Informações. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 202, 59.º ano, de 07/06/2016, p. 389-405. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Início de vigência na ordem internacional: 18/07/1978. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-32.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Início de vigência na ordem internacional: 21 de outubro de 1986. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

era de se esperar que tais ordens jurídicas supranacionais⁵⁹ fortalecessem a concretização dos direitos fundamentais já positivados nas diversas Constituições dos Estados-membros signatários de tais documentos internacionais; por outro, tais documentos teriam uma função prospectiva, isto é, de possível atribuição de novos direitos à pessoa humana. E tais duas perspectivas eram possíveis porque mesmo que tais documentos eventualmente não garantissem aos cidadãos o direito de invocá-los diretamente, ao menos vinculariam diretamente as autoridades públicas em relação ao seu cumprimento, inclusive prevalecendo sobre normas que garantissem um nível inferior de proteção⁶⁰.

Ainda, vale ressaltar a expectativa criada a partir do envolvimento, em âmbito internacional, de atores políticos de peso na feitura de tais tratados internacionais de proteção dos direitos do homem. A comprovação da importância dos direitos fundamentais, alçados à condição de direitos do homem em âmbito internacional, no comércio internacional apresenta-se quando é verificado que mesmo acordos econômicos – tais como, a título meramente exemplificativo, o CETA – buscam, de uma forma ou de outra, ressaltar que dentre seus objetivos está a defesa e promoção dos direitos fundamentais das pessoas⁶¹, mesmo que existam críticas a tal posicionamento oficial⁶². É por tal motivo que se considera que

o desenvolvimento das organizações internacionais de integração e de entidades supranacionais, com faculdades de autoridade [...] levanta a necessidade de proteção das pessoas que possam ser por elas atingidas e, portanto, de direitos perante ou contra essas organizações e entidades⁶³.

Nesta perspectiva verifica-se a inovação trazida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que permitiu que a *pessoa humana* – e não apenas os Estados signatários – invocasse o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em sua defesa⁶⁴. Essa possibilidade é importante porque fundamenta a ideia de que a *pessoa humana*, e não apenas *os cidadãos*, ou mais ainda, não apenas os *Estados soberanos*⁶⁵ têm legitimidade ativa para buscar a defesa, a

⁵⁹ Para além das possíveis nomenclaturas para normas de cariz extraestatal, tais como *supranacional*, *paranacional*, *internacional*, etc., opta-se aqui pela utilização exclusiva do termo *supranacional*, sem desconsiderar as especificidades da nomenclatura quando for estritamente necessário para o correto entendimento do argumento desenvolvido.

⁶⁰ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 44.

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States*, p. 2. Última atualização: 02/06/2018. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁶² SILVA, Matheus Passos. *A (falta de) legitimidade democrática dos acordos comerciais CETA e TTIP. Paper* referente ao grupo de estudos “Os Novos Desafios do Direito Internacional Económico” do CEDIS. Lisboa: CEDIS/Nova Lisboa, 2018. Não publicado.

⁶³ MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., p. 44.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 521.

⁶⁵ Para usar aqui uma nomenclatura que já não se adequa totalmente à realidade atual do século XXI.

garantia e a concretização de seus direitos fundamentais – ou, no caso, dos seus direitos da pessoa humana – junto a órgãos supranacionais. Também o Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos permite tal acesso direto, por parte do cidadão, a um tribunal supranacional⁶⁶.

Já no âmbito da União Europeia é importante destacar que a proteção dos direitos fundamentais não tem início com a confirmação, por parte do *Tratado de Lisboa* (ou *Tratado da União Europeia*) de 2009, em seu artigo 6.º, n.º 1, do caráter vinculativo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁷, o que a transformou (a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) em elemento essencial da *Constituição material* da União Europeia⁶⁸. Se por um lado o *Tratado de Roma*, que deu origem à integração econômica na Europa, não trazia previsões explícitas de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus⁶⁹, por outro o *Acto Único Europeu*, de 1986, bem como o Tratado da União Europeia de 1992, mais conhecido como *Tratado de Maastrich*, trouxeram como inovação a ideia de promoção tanto da democracia quanto “dos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia”⁷⁰, com ênfase nos princípios da liberdade, da igualdade e da justiça social. Por sua vez, o chamado *Tratado de Amsterdam* trouxe à tona o *estatuto de cidadania da União Europeia*, o que significou o avanço para

uma cidadania política e correlativos direitos: o direito de votar e de ser eleito nas eleições municipais do Estado-membro da residência (artigo 19.º/1) nas mesmas condições que os nacionais desse Estado; o direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu no Estado-membro da residência; o direito de proteção diplomática e consular por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-membro no território de países terceiros em que o Estado-membro de que é nacional não se encontre representado; o direito de livre permanência no território dos Estados-membros (artigo 18.º/1)⁷¹.

Por sua vez, a última e atual fase do desenvolvimento da proteção dos direitos fundamentais no espaço geográfico da União Europeia corresponde ao reconhecimento da

⁶⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 522.

⁶⁷ “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 19.

⁶⁸ ROCHA, Alice; SILVA, Matheus Passos. A ineficácia da tutela multinível dos direitos sociais na União Europeia. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.44-73, jan./jun. 2016, p. 49. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/744/260>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁶⁹ ROCHA; SILVA, *A ineficácia...*, cit., p. 47.

⁷⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 523-4.

⁷¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 524.

efetividade da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Carta surgiu ainda na Conferência de Nice, França, em dezembro de 2000, ainda que seu reconhecimento formal tivesse sido adiado para outra conferência que viria a se realizar em 2004⁷². Fato é que, devido a alguns plebiscitos ocorridos no âmbito da União Europeia na primeira década do século XXI, a proposta de criação de uma “Constituição da União Europeia” foi rejeitada. É por este motivo que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia passou a ter validade jurídica efetiva apenas a partir do Tratado de Lisboa, em que, como já indicado, a Carta passou a ser considerada como elemento formador – ou seja, Direito originário – da Constituição material da União Europeia.

Fica a dúvida: a existência de uma Carta de Direitos Fundamentais no âmbito da União Europeia, em conjunto com a proteção aos direitos fundamentais no âmbito das Constituições dos Estados-membros da União Europeia, efetivamente garante um elevado nível de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana? É o que será visto na próxima seção deste texto.

⁷² CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 524.

2 O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL NO ESPAÇO GEOGRÁFICO EUROPEU

Como se viu previamente, o aumento da força político-econômica de organizações supranacionais, em níveis distintos⁷³, trouxe ao debate acadêmico, bem como ao debate político-jurídico, a necessidade de estabelecimento de regras claras, também de âmbito supranacional, para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Tais regras apresentam-se como necessárias não apenas pelo contínuo enfraquecimento do dogma da soberania, por um lado⁷⁴, mas também, por outro lado, pela própria fluidez das relações sociais contemporâneas⁷⁵.

É nesta perspectiva, ou neste contexto, que a Europa se posicionou como a vanguarda da proteção supranacional dos direitos fundamentais. Ainda que os tratados iniciais da construção europeia não trouxessem, explicitamente, a proteção de tais direitos – já que a preocupação naquele momento tinha por foco a integração econômica da Europa no pós-guerra⁷⁶ –, foi no espaço europeu que a proteção dos direitos fundamentais para além das tradicionais fronteiras do Estado-nação mais avançou, em um processo que, a despeito de

⁷³ Ou seja, tanto em nível global – caso das declarações da ONU, por exemplo – quanto a nível regional – como as declarações europeia, americana ou africana.

⁷⁴ O que leva à necessidade de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em outros níveis que não apenas no nível do Estado nacional.

⁷⁵ Tal fluidez é vislumbrada a partir de uma série de fatos que se apresentam, neste século XXI, como verdadeiramente *corriqueiros* na vida de uma parcela considerável da população mundial. Tais fatos incluem, em uma lista meramente exemplificativa, não taxativa: o turismo, que é uma das grandes fontes de renda de inúmeros países na atualidade e que implica na criação de novos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais das pessoas em trânsito; a disseminação de informações por meio da internet, em que informações, inclusive pessoais, passam a ser expostas a todo o público mundial em velocidade acelerada, sem precedentes na história humana – o que gera reflexos nos direitos fundamentais da pessoa humana (vide o processo em relação à Google, no que se conhece por *direito ao esquecimento*); e por fim, mas não menos importante, os processos de integração, tanto em nível econômico – como o Mercosul e o CETA, dentre outros – quanto em nível político – tendo como exemplo mais avançado a União Europeia.

⁷⁶ É interessante destacar a posição dúbia dos tratados europeus ao longo de sua história. Por um lado, verifica-se que “no início do processo de integração europeia [verificou-se] alguma resistência ao reconhecimento dos direitos fundamentais por parte dos órgãos das então Comunidades Europeias”; por outro, “a partir dos finais da década de 60 tornou-se clara a insustentabilidade desta posição, pelo que as Comunidades acabaram por assegurar o respeito dos direitos fundamentais consagrados precisamente nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como princípios gerais de Direito” (MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 204). O mesmo ocorreu com a ideia de dignidade humana, que só apareceu “[...] no Direito Derivado, em ligação com a liberdade e com a igualdade de tratamento [...]”, e na jurisprudência do Tribunal de Justiça apenas a partir da década de 70 (MARTINS, *Manual de direito...*, cit., p. 189). Assim, ainda que estivesse presente nas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia por meio das tradições constitucionais e do direito internacional dos direitos humanos, os direitos fundamentais, bem com a dignidade humana, só foram efetivamente reconhecidos como Direito Originário da União Europeia a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (MARTINS, *Manual de direito...*, cit., p. 190).

reveses pontuais, vem se aprofundando cada vez mais especialmente a partir do início do século XXI.

O que se tem na atualidade, especialmente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, é o que a doutrina chama de *triângulo europeu*. A utilização de tal expressão é justificada considerando-se que o fato de o espaço europeu afigurar-se como composto por três ordens jurídicas distintas no que concerne à defesa dos direitos fundamentais, quais sejam, a nacional (constituições), a europeia (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e a internacional (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Significa dizer, portanto, que na Europa existem três vértices que correspondem a três possibilidades de solução do conflito – a nacional, a europeia e a internacional – e em seu centro encontra-se o cidadão⁷⁷.

A tal configuração da estrutura supranacional de proteção dos direitos fundamentais dá-se o nome de *constitucionalismo multinível*. Especialmente no caso europeu, em que os tratados garantem às pessoas a *cidadania europeia*, verifica-se o surgimento de inúmeras *identidades*⁷⁸, tais como aquela vinculada ao âmbito local (a cidade em que a pessoa mora), outra vinculada ao âmbito nacional e uma última vinculada, pode-se dizer, ao âmbito regional-internacional (ou seja, à própria União Europeia). Ora, havendo inúmeras instâncias identitárias, configura-se clara a necessidade de que haja total coordenação entre tais instâncias – especialmente as duas últimas que, cada uma à sua maneira, possuem soberania – com o objetivo de concretizar a governança junto àquele a quem esta se dirige – ou seja, ao cidadão.

O constitucionalismo multinível fundamenta-se em quatro pilares centrais. O primeiro deles diz respeito à perspectiva *pós-nacional* das Constituições. Significa dizer que agora não apenas os Estados se definem por tais documentos jurídicos, mas também organizações supranacionais definem-se por documentos que, se não sob uma perspectiva formal, ao menos sob uma perspectiva material, configuram-se como Constituições – como é o caso atual da União Europeia e de seus tratados⁷⁹.

O segundo pilar do constitucionalismo multinível diz respeito à centralidade do cidadão no processo de formação deste constitucionalismo multinível. Utilizando-se como exemplo explicativo o caso da União Europeia, foi o próprio cidadão europeu quem, por meio

⁷⁷ Sobre o triângulo europeu ver DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade. Reimpressão da primeira edição de 2006. AAFDL: Lisboa, 2013, p. 431-2; MONIZ, Graça. Vias jurisdicionais para a protecção do ambiente na Europa. *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20 em parceria com GPE e a RCE. Suplemento n.º 9, julho/dezembro 2013, p. 125-6. Utilizando uma nomenclatura diferente (“três pilares”) ver PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. *Columbia Journal of European Law*. Vol. 15, n. 3, 2009, p. 401-2.

⁷⁸ PERNICE, *The Treaty of Lisbon...*, cit., apud ROCHA; SILVA, *A ineficácia...*, cit., p. 47.

⁷⁹ ROCHA; SILVA, *A ineficácia...*, cit., p. 47.

do voto, escolheu seus representantes para exercerem funções nos diversos órgãos da União Europeia. Em seguida estes representantes instituíram os Tratados da União Europeia, sendo que é neles que está configurada a cidadania europeia⁸⁰. Ou seja, o cidadão é, ao mesmo tempo, o *sujeito* e o *objeto*, é o *ponto de partida* e o *ponto de chegada* do constitucionalismo multinível.

Em terceiro lugar destaca-se a crescente interpenetração do direito europeu nos direitos nacionais, e vice-versa, em um processo contínuo ao longo do tempo. O resultado de tal integração entre ordenamentos jurídicos *a priori* distintos é a verdadeira interdependência de uma camada de constitucionalidade em relação à outra. Desta forma, se por um lado a própria União Europeia é uma criação dos Estados-membros – sendo possível dizer que a legislação europeia é resultado da *mistura* da legislação dos Estados europeus –, por outro, uma vez criado o direito europeu, e especialmente as instituições que o criam, estas passaram a efetuar o caminho inverso, ou seja, de inserirem-se no direito dos Estados nacionais, utilizando-se dos diversos mecanismos juridicamente disponíveis para tal (como as diretivas e regulamentos, dentre outros). E não apenas isto, mas os Estados-membros assumiram o compromisso tanto de *criar* quanto de *executar* o direito europeu ao mesmo tempo em que mantêm em vigor o seu próprio ordenamento jurídico⁸¹, o que demonstra claramente a existência de uma multiplicidade de instâncias decisórias que colaboram entre si.

O último sustentáculo do constitucionalismo multinível refere-se à já citada multiplicidade de identidades que a pessoa humana de nacionalidade europeia tem no espaço europeu. Ou seja, a pessoa humana nacional de um Estado europeu terá obrigatoriamente *duas cidadanias*, uma nacional e outra europeia. Tal fato leva à necessidade de coordenação entre os dois níveis de constitucionalidade, o nacional e o europeu, de maneira que se confirma a existência do constitucionalismo multinível pela própria existência de Constituições nacionais e de uma Constituição europeia⁸².

Uma vez definido o constitucionalismo multinível, torna-se necessário verificar como se configuram os direitos fundamentais neste sistema. Afina, é certo que uma das características do constitucionalismo como a corrente teórica do fortalecimento de Constituições funda-se na existência de direitos fundamentais, os quais, ao menos no sistema constitucional ocidental da

⁸⁰ Conforme definida no artigo 9.º do Tratado da União Europeia: “Em todas as suas atividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. *É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui*”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 20, grifo nosso.

⁸¹ ROCHA; SILVA, *A ineficácia...*, cit., p. 48.

⁸² Os Tratados da União Europeia correspondem à Constituição da Europa em sentido material, ainda que não formal. MARTINS, *Manual de direito...*, cit., p. 46.

segunda metade do século XX em diante, busca concretizar a dignidade humana. É necessário, portanto, ter-se um vislumbre de um documento essencial neste sistema multinível, qual seja, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*.

2.1 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Como dito anteriormente⁸³, a efetiva proteção dos direitos fundamentais na União Europeia⁸⁴ começou apenas em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Este Tratado reconheceu formalmente a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* como direito originário da União⁸⁵.

Um primeiro olhar na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia permite ao leitor verificar que sua estrutura segue determinados princípios que estão firmemente estabelecidos na cultura jurídica ocidental. Significa isto dizer que os títulos nos quais a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se divide seguem uma estrutura típica de uma Constituição estadual: primeiro fala-se sobre a dignidade; depois vêm os princípios da liberdade e da igualdade (que, *grosso modo*, correspondem aos direitos, liberdades e garantias da CRP); em seguida vislumbra-se o princípio da solidariedade (que, também *a priori*, pode ser entendido de maneira análoga aos direitos econômicos, sociais e culturais da CRP); fala-se em seguida sobre a cidadania; logo a seguir vêm artigos referentes à justiça; e por fim vêm as “disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta”⁸⁶ – elemento que terá grande importância no âmbito deste trabalho.

A perspectiva da defesa de princípios fundamentados em valores comuns aparece já no Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao mesmo tempo em que se considera que a dignidade do ser humano, sua liberdade, a igualdade entre todos e também a solidariedade são “valores indivisíveis e universais” dos povos da Europa. Para tanto declara-se que a União “[...] coloca o ser humano no cerne de sua ação”. É por isto que se busca “reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”⁸⁷.

⁸³ Ver nota 76.

⁸⁴ Por “efetiva proteção dos direitos fundamentais na União Europeia” deve o leitor entender a sua presença formal em documentos, ou seja, a sua positivação no direito originário da União Europeia. A proteção *prática* será analisada em momento posterior neste texto.

⁸⁵ MARTINS, *Manual de direito...*, cit., p. 456.

⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 390.

⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 393.

Ainda no Preâmbulo surge uma indicação que se apresenta como fundamental para a argumentação aqui desenvolvida. É indicado no texto que

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo na devida conta as anotações elaboradas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e atualizadas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia.

O gozo destes direitos implica *responsabilidades e deveres*, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como *para com a comunidade humana* e as gerações futuras⁸⁸.

Verifica-se que os criadores da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia preocuparam-se em garantir, no texto do documento, a necessária *abertura ao direito internacional*, já que reforçam os direitos que decorrem das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e também do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Mais que isso, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia indica que existem responsabilidades e deveres da União *para com a comunidade humana*.

No que diz respeito a tais comandos, se por um lado é possível argumentar que os mesmos apresentam-se como elemento de retórica em uma possível *autopromoção* da União Europeia – no sentido de apresentar-se como a vanguarda dos direitos fundamentais, como já indicado anteriormente neste texto –, por outro é fato que tais comandos encontram-se insculpidos em um documento jurídico *vinculativo*, de execução *obrigatória*, como explicitamente indica o já citado n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia^{89, 90}. Importa destacar, nesta toada, alguns elementos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que demonstram a sua importância como documento jurídico supranacional de proteção dos direitos fundamentais⁹¹:

Artigo 1.º

Dignidade do ser humano. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 393, grifo nosso.

⁸⁹ Ver nota 67.

⁹⁰ Esta ideia terá importância fundamental na argumentação que se fará mais à frente neste texto.

⁹¹ Tais elementos são destacados devido à argumentação que se fará mais à frente neste texto.

[...]

Artigo 3.º

Direito à integridade do ser humano. 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.

Artigo 4.º

Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes.

[...]

Artigo 6.º

Direito à liberdade e à segurança. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança.

[...]

Artigo 18.º – Direito de asilo. É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designados “Tratados”).

Artigo 19.º

Proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição. 2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

[...]

Artigo 21.º

Não discriminação. 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade⁹².

Com base em todo o exposto, fica a pergunta: em um sistema de constitucionalismo multinível, em que várias identidades fundamentam a existência de cidadanias diversas, as quais, por sua vez, são reguladas por ordenamentos jurídicos distintos – Constituições nacionais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ainda que muitas vezes semelhantes tanto em seu texto quanto em seu conteúdo –, como se dá a proteção dos direitos fundamentais do cidadão? Ou, por outras palavras, como estabelecer uma razoável tutela multinível dos direitos fundamentais na União Europeia? O tema será apresentado e debatido a seguir, na próxima subseção.

⁹² UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 394-8, *passim*.

2.2 A TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Se por um lado a Europa, ou mais especificamente a União Europeia, se apresenta como a vanguarda da proteção dos direitos fundamentais em seu território – seja por fatores históricos, em que as feridas do Holocausto levaram à necessidade de proteção dos direitos fundamentais e da própria dignidade humana, seja por fatores jurídicos, já que o ordenamento jurídico europeu apresenta-se como o mais avançado, em termos mundiais, no que diz respeito à sua integração com o direito dos Estados-membros –, fica o questionamento: como efetivamente é feita a tutela dos direitos fundamentais em um sistema constitucional multinível?

Ora, a existência de cidadania implica na existência de direitos fundamentais, já que uma não funciona sem os outros. É neste sentido que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vem garantir os direitos fundamentais dos cidadãos *europeus*, ao mesmo tempo em que as Constituições dos Estados-membros da União Europeia têm por objetivo proteger e concretizar os direitos fundamentais de seus respectivos *nacionais*. Em termos institucionais tem-se que

a tutela dos direitos fundamentais dentro da União Europeia é feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual possui a competência devida para garantir a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União – competência esta que se vincula não apenas à apreciação da legislação da União mas também à das ações realizadas pelos Estados-membros para pôr em prática o direito originário e o direito derivado. Além do TJUE, também os tribunais nacionais – sejam os constitucionais, sejam os ordinários – possuem a prerrogativa de interpretar e aplicar as normas da União que se refiram aos direitos fundamentais, conforme suas prerrogativas estabelecidas nos Tratados⁹³.

Por sua vez, quando se trata do entendimento do texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia a atenção se volta para seus artigos finais, os quais estão presentes no Título VII deste documento, cuja epígrafe é esta: “Disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta”. O artigo 51.º traz o âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com seu n.º 1 tendo a seguinte redação:

As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados⁹⁴.

⁹³ ROCHA; SILVA, *A ineficácia...*, cit., p. 50.

⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, p. 404.

A partir da leitura deste dispositivo é importante destacar que “o catálogo de direitos fundamentais contido na Carta pode ser invocado tanto frente ao Tribunal de Justiça da União Europeia quanto nos tribunais nacionais quando estes atuarem na aplicação do direito da União”⁹⁵. Significa dizer, por outras palavras, que o cidadão tem duas possibilidades de defesa dos seus direitos fundamentais: a instância nacional e a instância europeia. Mais que isso, a leitura do n.º 1 do artigo 51.º garante também que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia serve como limite de atuação à própria União Europeia, já que esta instituição deve também respeitar tais direitos fundamentais.

O artigo 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também traz elementos importantes no que diz respeito à aplicação prática da Carta. Epigrafoado “âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios”, os n.ºs 2 e 3 são de relevância elevada para a argumentação aqui desenvolvida:

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos.

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla⁹⁶.

Percebem-se aqui dois aspectos que merecem relevância. O primeiro deles, presente no n.º 2, diz respeito ao fato de que os direitos dependem do que está estabelecido nos tratados, nomeadamente o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia. Significa dizer, portanto, que ainda que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia seja direito originário da União, nem sempre sua aplicação será direta, já que dependerá das “condições e limites” estabelecidos pelos demais tratados.

Em segundo lugar, é relevante destacar, mais uma vez, a abertura ao direito internacional, especificamente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, constante no n.º 2. É possível compreender, a partir da redação do texto, que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia terá o mesmo tipo de interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ainda que seja possível a garantia de um nível de proteção mais elevado pela própria União Europeia.

⁹⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. *Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português*. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 23.

⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 404.

Por fim, o artigo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que talvez seja mais relevante, e ao mesmo tempo mais controverso na doutrina, é o artigo 53.º, que trata do nível de proteção dos direitos fundamentais:

Artigo 53.º

Nível de proteção. Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros⁹⁷.

Uma leitura inicial deste dispositivo deixaria o leitor otimista frente ao nível de proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Afinal de contas, o dispositivo considera “os direitos do Homem” – expressão que pode estar vinculada à ideia de Direito natural, conforme indicado anteriormente neste texto – “e as liberdades fundamentais” reconhecidas: 1) Pelo direito da União; 2) Pelo direito internacional; 3) Pelas Convenções internacionais de que são Partes a União ou os Estados-membros, com destaque para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; e 4) Pelas Constituições dos Estados-membros. Aparentemente aumentam-se as instâncias que servem de embasamento para a proteção dos direitos fundamentais, o que levaria ao entendimento de que haveria um aumento do nível de proteção de tais direitos.

Entretanto, há uma expressão neste dispositivo que causa a controvérsia à qual há pouco se referiu: “nos respetivos âmbitos de aplicação”. Ou seja, serão considerados tais elementos *apenas e exclusivamente* em seus *respetivos âmbitos de aplicação*. Ora, a partir do momento em que se deixa claro que ocorrerá a aplicação da Carta apenas nestas ou naquelas condições, e considerando-se ser plenamente possível a existência de situações que não estão abrangidas por nenhuma de tais condições, verifica-se que, conseqüentemente, que a proteção dos direitos fundamentais poderá não ser tão eficaz quanto preveem estes documentos jurídicos. E uma destas situações, claramente, é a do asilo aos refugiados, como se mostrará a seguir.

⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 405.

3 A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Antes, porém, de ser feita uma análise da proteção dos refugiados em âmbito europeu, é necessário explicitar como se dá esta proteção em âmbito internacional, ou seja, em âmbito global. Assim, serão a seguir apresentados alguns documentos jurídicos que objetivam concretizar tal proteção. Além disso, é importante destacar que o ordenamento jurídico europeu, ao menos em uma perspectiva positivada⁹⁸, garante a necessária abertura a tais elementos do direito internacional, pelo que se torna relevante analisá-los antes de se verificar a sua real efetividade no espaço geográfico europeu.

Os primeiros documentos a serem aqui apresentados correspondem à *Declaração Universal dos Direitos do Homem*⁹⁹, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Tais documentos internacionais, em conjunto, formam a chamada *Carta Internacional dos Direitos Humanos*¹⁰⁰.

3.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Talvez seja possível afirmar que a origem *efetiva* da defesa dos direitos do homem resida na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948. Sem desmerecer, obviamente, outras declarações anteriores a esta¹⁰¹, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem que irá dar início a uma preocupação global pela defesa dos direitos humanos em geral. Sua importância reside não apenas em seu conteúdo, mas também no fato de ter sido elaborada “por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo”, estabelecendo, “pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos”¹⁰².

A preocupação da Declaração Universal dos Direitos do Homem é externada já em seu Preâmbulo, ao indicar que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”¹⁰³ – referência clara ao Holocausto recém-ocorrido à época. Para evitar a repetição de atos bárbaros é que surge a

⁹⁸ Ou seja, conforme aquilo que está *na letra da lei*.

⁹⁹ É interessante destacar que no português brasileiro utiliza-se a expressão *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Entretanto, e a despeito da fonte consultada ser em português brasileiro, opta-se aqui pela utilização da expressão *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, mais utilizada no português europeu.

¹⁰⁰ ONUBR. Nações Unidas no Brasil. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

¹⁰¹ Como a quase análoga *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, já citada anteriormente neste texto.

¹⁰² ONUBR, *A Declaração Universal...*, cit.

¹⁰³ UNICEF BRASIL, *Declaração Universal...*, cit.

necessidade de proteção dos direitos humanos “pelo império da lei”, sendo que compete a esta garantir “o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades”¹⁰⁴. Para atingir tais objetivos a Declaração Universal dos Direitos do Homem traz inúmeras disposições, dentre as quais destacam-se as seguintes:

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

[...]

Artigo 5

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[...]

Artigo 6

Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

[...]

Artigo 14

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

[...]

Artigo 28

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados¹⁰⁵.

É de fundamental importância para o argumento aqui desenvolvido o n.º 1 do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem ao indicar que todo e qualquer ser humano – independentemente de sua nacionalidade –, ao ser vítima de perseguição, tem o direito de procurar asilo em outros países. Mais que isso, o texto deste comando indica que a vítima tem ainda o direito de usufruir do asilo. O texto do n.º 1 do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem parece impor aos Estados que aceitem as pessoas que, sob estas condições – ou seja, sendo vítimas de perseguição –, procurem por melhores condições de vida. Importa destacar que inúmeros comandos presentes na Carta dos Direitos Fundamentais da União

¹⁰⁴ UNICEF BRASIL, *Declaração Universal...*, cit.

¹⁰⁵ UNICEF BRASIL, *Declaração Universal...*, cit.

Europeia inspiram-se nos princípios existentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Uma vez estabelecida a Declaração Universal dos Direitos do Homem, coube à ONU buscar codificar efetivamente os princípios ali presentes. Ou seja, significa dizer que a ONU buscou transformar os princípios presentes em sua *Declaração* em *Pactos* com validade e força jurídicas efetivas. É nesta perspectiva que surgem, em meados da década de 1960, dois destes documentos que terão importância fundamental na expansão da possibilidade de exigência jurídica dos direitos humanos: um é o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o outro é o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

3.2 O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Como seu próprio nome já diz, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* busca estabelecer as balizas jurídicas que possibilitem a tutela, por parte de tribunais internacionais, dos direitos, liberdades e garantias – nomeadamente os direitos civis e políticos – esboçados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Tendo sido adotado em 1966, com entrada em vigor na ordem internacional 10 anos depois, a função do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁰⁶ era a de confirmar “explicitamente determinados aspetos dos direitos humanos universais a que a Declaração Universal se referia somente de maneira implícita”¹⁰⁷.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos torna-se relevante no que diz respeito ao tema aqui abordado porque sua perspectiva é a de obrigar os Estados signatários a concretizar determinados princípios cujo objetivo maior é a garantia da liberdade individual. Assim, em seu Preâmbulo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reconhece a importância da dignidade a todos os membros de uma família, bem como de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo que tais elementos, em conjunto, constituem “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo”. E, de forma interessante, indica verdadeiro *círculo virtuoso* ao afirmar que “esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”¹⁰⁸.

Ainda em seu Preâmbulo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos traz que o ideal de vida do ser humano é aquele em que este se encontra “liberto do medo e da miséria”.

¹⁰⁶ E também a do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, como se verá a seguir.

¹⁰⁷ PORTUGAL. Comissão Nacional das Eleições. *ONU – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <<http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

¹⁰⁸ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, cit., p. 1.

Tal ideal, por sua vez, apenas poderá ser concretizado quando forem “criadas condições que permitam a cada um gozar dos seus direitos civis e políticos, bem como dos seus direitos económicos, sociais e culturais”. Tais condições, por sua vez, devem ser promovidas necessariamente pelos Estados, ainda que os indivíduos tenham “deveres em relação a outrem e em relação à colectividade a que pertence[m]”, bem como tenham também “a responsabilidade de se esforçar[em] a promover e respeitar os direitos reconhecidos”¹⁰⁹ no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Desta feita, importa destacar alguns dispositivos presentes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e que têm relação direta com a situação de asilo aos refugiados, tema central deste texto:

Artigo 2.º

1 – Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de outra situação.

[...]

3 – Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a: a) Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais; b) Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado, estatua sobre os direitos da pessoa que forma o recurso, e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional; c) Garantir que as competentes autoridades façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificado.

[...]

Artigo 9.º

1 – Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser objecto de prisão ou detenção arbitrária. Ninguém pode ser privado da sua liberdade a não ser por motivo e em conformidade com processos previstos na lei¹¹⁰.

No que diz respeito ao número 1 do artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, vale destacar a importância dada à proteção de *todos* os indivíduos que encontram-se no território do Estado. Mais ainda, o Estado deve garantir a tais indivíduos todos os direitos presentes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e isto deve ser feito *sem qualquer tipo de distinção*. Não há no texto nenhuma indicação de que um Estado qualquer deva cumprir tal comando *apenas aos seus nacionais*. Parece ser claro, pelo exposto, que é

¹⁰⁹ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, cit., p. 1.

¹¹⁰ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, cit., p. 1-4, *passim*.

competência dos Estados garantir a todos os seres humanos tais direitos, especialmente quando se percebe que isto deve ser feito “sem qualquer distinção [...] de origem nacional”. Portanto, independentemente da nacionalidade da pessoa humana tais direitos devem ser garantidos.

O número 3 do artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reforça tal raciocínio ao exigir que o Estado garanta recurso eficaz contra violações causadas a qualquer pessoa, inclusive se tais violações forem causadas por servidores do Estado. Da mesma forma, tal dispositivo exige a garantia de que qualquer pessoa possa impetrar recursos em relação a decisões contrárias à sua pessoa, ao mesmo tempo em que compete ao Estado cumprir os resultados de recursos. Tais diretrizes, entendidas em conjunto com o que está estatuído no número 1 deste mesmo artigo, levam a que tais direitos sejam garantidos a todos, independentemente da nacionalidade da pessoa humana.

Por fim, mas no mesmo sentido, o número 1 do artigo 9.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos indica que todos têm direito à liberdade e à segurança individual, não podendo haver prisões ou detenções que não estejam devidamente fundamentadas em lei e que não cumpram o devido processo legal. Tal regra é fundamental para se garantir a possibilidade de liberdade individual por parte daqueles que buscam por asilo, em consonância com o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem citado anteriormente.

3.3 O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Se por um lado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos buscava tornar juridicamente vinculativos os preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem referentes aos direitos, liberdades e garantias, o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* teve como intento realizar a mesma vinculação jurídica, mas desta vez em relação aos princípios fundadores de direitos econômicos, sociais e culturais presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966 e, assim como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entrou em vigor 10 anos depois, em 1976.

A importância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reside na necessidade, identificada pela ONU, de tornar vinculativos não apenas elementos referentes aos direitos, liberdades e garantias – com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos –, mas também buscar a concretização daqueles que são às vezes conhecidos como

*direitos de solidariedade*¹¹¹. Em vez de fortalecer apenas os direitos referentes ao *não fazer* pelo Estado, emitia-se assim uma mensagem forte e relevante à comunidade internacional: a garantia da dignidade humana não se limita aos direitos de liberdade, senão também pelos direitos de igualdade.

Apesar do Preâmbulo ser idêntico ao do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹¹², vale ressaltar que os direitos enunciados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao contrário dos estabelecidos pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – que são autoaplicáveis – têm, de acordo com a concepção adotada, realização progressiva – o que, no entanto, não atenua seu caráter obrigatório. O resultado é esperado a partir da aplicação prática do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no que diz respeito ao conjunto de medidas econômicas e técnicas do Estado, por meio de um planejamento efetivo com vistas a alcançar a gradual concretização dos direitos. É o que se pode verificar no número 1 do artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas¹¹³.

Para além disso, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reforça as recomendações presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem referentes à proteção de toda e qualquer pessoa humana com base na não discriminação em qualquer tipo de critério, inclusive mais uma vez, para o que aqui é relevante, o critério nacional.

Curiosamente, o número 3 do artigo 2.º traz uma ressalva relevante: “os países em vias de desenvolvimento, tendo em devida conta os direitos do homem e a respectiva economia nacional, podem determinar em que medida garantirão os direitos económicos no presente

¹¹¹ Nomenclatura esta, inclusive, utilizada para epigrafar o Título IV da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conforme mostrado anteriormente neste texto.

¹¹² Isto se dá porque ambos foram “reconhecidos a 16 de dezembro de 1966 pelo mesmo instrumento, a Resolução n. 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas. Os dois Pactos entraram em vigor quase ao mesmo tempo, isto é, três meses após o depósito do trigésimo quinto instrumento de adesão ou ratificação junto ao Secretário Geral da ONU, o que aconteceu em 3 de janeiro de 1976 para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 23 de março do mesmo ano para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”. SANTIAGO, Emerson. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *InfoEscola*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/pacto-internacional-sobre-direitos-economicos-sociais-e-culturais>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

¹¹³ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, cit., p. 1.

Pacto a não nacionais”¹¹⁴. A ressalva é importante porque inclui um critério econômico para a eventual não satisfação, por parte dos Estados signatários, das exigências do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ao mesmo tempo, verifica-se que tal ressalva aplica-se apenas aos países *em vias de desenvolvimento*. *A contrario sensu*, significa dizer que os países desenvolvidos – como é o caso dos países europeus – não podem aplicar esta ressalva aos não nacionais que se encontrarem dentro de seus limites territoriais. Entendimento análogo pode ser obtido a partir da leitura do texto do artigo 4.º:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, no gozo dos direitos assegurados pelo Estado, em conformidade com o presente Pacto, o Estado só pode submeter esses direitos às limitações estabelecidas pela lei, unicamente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o fim de promover o bem-estar geral numa sociedade democrática¹¹⁵.

Significa dizer que *podem existir limitações* à concretização daquilo que está presente o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Entretanto, tais limitações só têm razão de existir se as mesmas forem compatíveis com estes mesmos direitos. Mais ainda, só é possível limitar a aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se tais limitações busquem realmente garantir o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

Infelizmente, pode-se afirmar que a redação deste artigo é razoavelmente vaga. Pode-se perguntar: o que significa *promover o bem-estar geral*? Qual a definição de bem-estar utilizada no entendimento do texto do Pacto? Ou então: este bem-estar é apenas dos nacionais ou engloba também o bem-estar dos não nacionais? Questiona-se também: quais limitações são plausíveis de serem aceitas objetivando-se a promoção do bem-estar geral? Mais ainda: de que maneira a *limitação* à aplicação e/ou concretização de um direito econômico, social e cultural pode garantir o bem-estar geral de determinada sociedade? Tais questões suscitam dúvidas não apenas em relação à efetividade do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como, também, em relação à eventual limitação de garantias constitucionais – ou seja, de direitos fundamentais – àqueles que não sejam nacionais de determinado Estado signatário do Pacto, ainda que tais pessoas se encontrem no âmbito de sua jurisdição territorial.

Em princípio tais dúvidas e questionamentos são explicitamente sanados pelo número 2 do artigo 5.º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que diz que

não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções,

¹¹⁴ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, cit., p. 2.

¹¹⁵ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, cit., p. 2.

regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau¹¹⁶.

Contudo, ainda que o Pacto indique explicitamente que não pode haver o afastamento de direitos fundamentais por eventual não reconhecimento, vale destacar que a legislação aqui debatida se fundamenta nos direitos fundamentais do homem *reconhecidos ou em vigor*. Nesta perspectiva qualquer Estado signatário pode argumentar que sua própria legislação reconhece tais direitos fundamentais *aos seus nacionais*, mas não aos não nacionais, o que poderia causar falhas na garantia de direitos fundamentais a eventuais refugiados¹¹⁷.

3.4 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS

Se por um lado tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais têm como foco a positivação dos princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e se vinculam, de uma forma ou de outra, aos direitos fundamentais, a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* (CNUER) surgiu com outro objetivo: o de “resolver a situação dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial”. Os objetivos da CNUER são: 1) Definir “quem vem a ser um refugiado”; e 2) Esclarecer “os direitos e deveres entre os refugiados e os países que os acolhem”¹¹⁸.

Um dos problemas do texto original da CNUER diz respeito à mesma definir como refugiado pessoas que foram abrangidas por determinados fatos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951. Entretanto, por óbvio que questões referentes a refugiados não deixaram de existir após tal data. Assim,

Com o tempo e a emergência de novas situações geradoras de conflitos e perseguições, tornou-se crescente a necessidade de providências que colocassem os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da Convenção. Assim, um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Na Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, a Assembleia tomou nota do Protocolo e solicitou ao Secretário-geral que submetesse o texto aos Estados para que o ratificassem. O Protocolo foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-geral no dia 31 de janeiro de 1967 e transmitido aos governos. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967¹¹⁹.

¹¹⁶ PORTUGAL, *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, cit., p. 2.

¹¹⁷ Ainda que a este respeito exista legislação internacional específica, como será visto mais à frente neste texto.

¹¹⁸ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção de 1951*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

¹¹⁹ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção de 1951*, cit.

A consequência da ratificação do Protocolo de 1967 foi a aplicação das provisões da Convenção de 1951 para todos os refugiados enquadrados na definição da Carta, mas sem limite de datas e de espaço geográfico. Desta forma, o conceito de refugiado presente no artigo 1º da CNUER, com as adaptações conferidas pelo Protocolo de 1967, é o seguinte:

Art. 1º – Definição do termo “refugiado”

A. Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

- 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;
- 2) Que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele¹²⁰.

Da mesma maneira que a CNUER define o que é refugiado, bem como as situações em que a Convenção se aplica, ela também define as situações em que cessa a sua aplicação, especialmente nas seguintes situações – todas elas definidas ainda no artigo 1º da Convenção:

C. Esta Convenção cessará, nos casos abaixo, de ser aplicável a qualquer pessoa compreendida nos termos da seção A [que define refugiado], acima:

- 1) se ela voltou a valer-se da proteção do país de que é nacional; ou
- 2) se havendo perdido a nacionalidade, ela a recuperou voluntariamente; ou
- 3) se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; ou
- 4) se se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido; ou
- 5) se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela não pode mais continuar a recusar valer-se da proteção do país de que é nacional;

Contanto, porém, que as disposições do presente parágrafo não se apliquem a um refugiado incluído nos termos do parágrafo 1 da seção A do presente artigo que pode invocar, para recusar valer-se da proteção do país de que é nacional, razões imperiosas resultantes de perseguições anteriores;

¹²⁰ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951), p. 2. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiado_s.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018; ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*, p. 1. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

6) tratando-se de pessoa que não tem nacionalidade, se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela está em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual;

Contanto, porém, que as disposições do presente parágrafo não se apliquem a um refugiado incluído nos termos do parágrafo 1 da seção A do presente artigo que pode invocar, para recusar voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, razões imperiosas resultantes de perseguições anteriores¹²¹.

Por fim, mas ainda no âmbito das definições – portanto, ainda no artigo 1º –, vale destacar as situações nas quais a CNUER já inicialmente não se aplica:

E. Esta Convenção não será aplicável a uma pessoa considerada pelas autoridades competentes do país no qual esta pessoa instalou sua residência como tendo os direitos e as obrigações relacionados com a posse da nacionalidade desse país.

F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

- a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes;
- b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados;
- c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas¹²².

Como dito anteriormente, a CNUER não vem apenas para definir quem são refugiados: ela estabelece também os deveres destes para com os Estados que eventualmente os acolherão. Neste sentido o artigo 2º da Convenção deixa claro, sob a epígrafe *obrigações gerais*, que “todo refugiado tem deveres para com o país em que se encontra, os quais compreendem notadamente a obrigação de se conformar às leis e regulamentos, assim como às medidas tomadas para a manutenção da ordem pública”¹²³. Ou seja: os refugiados não terão apenas direitos, mas têm também deveres para com aquela sociedade que o/a acolhe¹²⁴.

Os artigos subsequentes da CNUER referem-se à aplicação do princípio da não discriminação aos refugiados. Desta forma, o artigo 3º diz que “os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à

¹²¹ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 3-4.

¹²² ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 4.

¹²³ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 4.

¹²⁴ É interessante notar que a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* traz não apenas direitos, mas também deveres dos refugiados – de maneira análoga às Constituições de inúmeros Estados que trazem não apenas os direitos, mas também os deveres fundamentais. Isto é importante para que se desmistifique a ideia de que os refugiados, dada a situação em que se encontram, são meros *coitados* que merecem receber tudo sem nada dar em troca. Ou seja, se por um lado têm o direito de serem tratados como pessoas humanas portadoras de dignidade intrínseca a si mesmos, por outro têm deveres a serem cumpridos, não sendo apenas recebedores da caridade ou da generosidade alheia.

religião ou ao país de origem”, enquanto o artigo 4º deixa explícito que os refugiados devem ter total liberdade religiosa: “os Estados Contratantes proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos”¹²⁵.

Outro aspecto relevante da CNUER diz respeito à não exigência de reciprocidade para o tratamento dos refugiados. A reciprocidade é elemento corriqueiro nas relações internacionais e diz respeito à igualdade de ações de um Estado em relação a outro. Um exemplo simples é o Estado “A” que exige um visto para que cidadãos do Estado “B” o visitem, e assim o faz porque o Estado “B” exige um visto para que cidadãos do Estado “A” o visitem. Entretanto, quando um destes Estados abole a exigência do visto, o outro, por reciprocidade, faz o mesmo.

Já no caso dos refugiados a situação é diferente, até mesmo pela própria definição de refugiado, conforme indicado anteriormente. Se uma pessoa foge de seu próprio país por temor, parece ser lógica a não exigência de reciprocidade para que um Estado terceiro acolha tal pessoa no âmbito de suas fronteiras. É por este motivo que o número 1 do artigo 7º diz que “ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção, um Estado Contratante concederá aos refugiados o regime que concede aos estrangeiros em geral”¹²⁶.

Um ponto de extrema relevância e que merece atenção redobrada diz respeito ao previsto no artigo 9º da CNUER, cuja epígrafe é *medidas provisórias*. Tal artigo traz a seguinte redação:

Nenhuma das disposições da presente Convenção tem por efeito impedir um Estado Contratante, em tempo de guerra ou em outras circunstâncias graves e excepcionais, de tomar provisoriamente, a propósito de uma pessoa determinada, as medidas que este Estado julga indispensáveis à segurança nacional, até que o referido Estado determine que essa pessoa é efetivamente um refugiado e que a continuação de tais medidas é necessária a seu propósito no interesse da segurança nacional¹²⁷.

Este artigo é relevante porque abre a possibilidade de que um Estado contratante da Convenção suspenda o processo de admissão de alguém que se apresenta como refugiado tendo por base questões “indispensáveis à segurança nacional”. Aqui é interessante destacar a aplicação do princípio da proporcionalidade tanto na redação do texto quanto em sua aplicação prática.

¹²⁵ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 5.

¹²⁶ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 5.

¹²⁷ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 6.

Ora, por um lado é inegável que alguém que se apresente como refugiado, conforme a definição apresentada na seção A do artigo 1º da CNUER acima indicado, deva merecer os cuidados de Estados terceiros, especialmente tendo-se em vista a concretização do princípio da dignidade humana.

Por outro lado, também é justificável que determinado Estado acolhedor de refugiados tenha de cumprir o seu dever fundamental de proteção do seu território e, mais que isso, de proteção de seus próprios cidadãos, o que só pode ser feito, no que diz respeito aos refugiados, após criteriosa avaliação dos antecedentes daquele que se apresenta como tal.

Ao mesmo tempo, é relevante destacar que a redação do artigo indica que a eventual análise das condições daquele que pede refúgio deve ser feita *em tempo de guerra ou em outras circunstâncias graves e excepcionais*. Novamente depara-se aqui com um conceito vago: o que seriam *circunstâncias graves e excepcionais*? Será um momento de retração econômica uma circunstância grave e excepcional? Ou tal critério aplica-se apenas a momentos de grave comoção social, como circunstâncias ambientais (tais como um terremoto ou tsunami)? Ou ainda: será que a chegada de milhares, quiçá milhões de pessoas a determinado território *de uma só vez*, ou ao menos em curto período de tempo, define uma circunstância grave e excepcional que permita ao Estado acolhedor manter o refugiado em determinados locais enquanto são analisados seus antecedentes e sua situação para, só depois, garantir-lhe (ou não) o estatuto de refugiado?¹²⁸

Em continuidade, a CNUER trata de demais elementos referentes à recepção e permanência de refugiados nos Estados acolhedores. São tratadas, dentre outras, de questões referentes ao direito de propriedade (artigos 13 e 14), ao direito ao devido processo legal (artigo 16), ao direito ao trabalho (artigos 17 a 19) e aos direitos sociais de maneira geral (moradia, educação, assistência pública e previdência social – artigos 21 a 24).

É interessante aqui destacar as previsões dos artigos 31 e 32 da CNUER. O artigo 31 trata dos *refugiados em situação irregular no país de refúgio*, enquanto o artigo 32 regulamenta a *expulsão* de refugiados. No que diz respeito ao artigo 31, seus números 1 e 2 trazem a seguinte redação:

1. Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.

¹²⁸ Aqui destaca-se que tais questões, que são relevantes no debate aqui realizado, serão aprofundadas, inclusive com respostas, em momentos subsequentes deste texto.

2. Os Estados Contratantes não aplicarão aos deslocamentos de tais refugiados outras restrições que não as necessárias; essas restrições serão aplicadas somente enquanto o estatuto desses refugiados no país de refúgio não houver sido regularizado ou eles não houverem obtido admissão em outro país. À vista desta última admissão os Estados Contratantes concederão a esses refugiados um prazo razoável, assim como todas as facilidades necessárias¹²⁹.

Já os números 1, 2 e 3 do artigo 32 trazem o seguinte texto:

1. Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

2. A expulsão desse refugiado somente ocorrerá em virtude de decisão proferida conforme o processo previsto por lei. A não ser que a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional, o refugiado deverá ter permissão de fornecer provas que o justifiquem, de apresentar um recurso e de se fazer representar para esse fim perante uma autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas especialmente designadas pela autoridade competente.

3. Os Estados Contratantes concederão a tal refugiado um prazo razoável para procurar obter admissão legal em outro país. Os Estados Contratantes podem aplicar, durante esse prazo, a medida de ordem interna que julgarem oportuna¹³⁰.

Tais artigos são extremamente relevantes para o tema aqui debatido. Em primeiro lugar, considerando-se o artigo 31, vale destacar que os Estados acolhedores de refugiados não poderão penalizá-los simplesmente por estes adentrarem em suas fronteiras. Por sua vez, compete ao refugiado se apresentar com rapidez às autoridades; é o que se espera daqueles que *genuinamente* fogem de seu próprio país por temor de lá permanecer, como indica a redação do artigo 1º da Convenção.

Por sua vez, é relevante destacar, em relação ao artigo 32 da Convenção, que novamente surge a ideia de *segurança nacional* como possível fundamentação para uma ação do Estado acolhedor – no caso, a ação extrema de expulsar um refugiado de seu território. Entretanto, a Convenção busca de alguma forma resguardar o *status* do refugiado ao exigir que sua expulsão seja feita apenas “conforme o processo previsto por lei”. Partindo-se do princípio de que o direito ao devido processo legal seja garantido ao refugiado¹³¹, esta previsão da Convenção apresenta-se como proporcional à defesa, por parte do Estado, dos interesses de seus próprios nacionais.

¹²⁹ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 15.

¹³⁰ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 15.

¹³¹ Como indica o artigo 16 da CNUER.

Contudo a expulsão, se precisar necessariamente ocorrer, jamais deverá ser realizada de maneira a colocar em risco, em qualquer circunstância, a integridade física do refugiado. É o que se depreende do artigo 33 da CNUER:

Art. 33 – Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas¹³².

Entretanto, o número 2 deste mesmo artigo indica que se a segurança do Estado acolhedor estiver ameaçada pela sua presença, terá este mesmo Estado o direito de expulsá-lo. Novamente verifica-se a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto:

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

Como se pôde perceber por esta breve análise, a CNUER é relativamente abrangente e visa à efetiva proteção dos refugiados em âmbito internacional. Sua relevância é enorme para os dias atuais, especialmente considerando-se o fato de que a situação dos refugiados continua a assombrar o mundo contemporâneo. Estima-se que “no final de 2016, a população global de refugiados atingiu a marca de 22,5 milhões de pessoas, nível mais alto registrado em duas décadas”¹³³. E ainda que a Europa não seja o território mais afetado pelo recente fenômeno dos refugiados¹³⁴, torna-se relevante identificar, por um lado, a crise migratória em direção ao continente europeu, por um lado, e a capacidade de resposta da União Europeia, especialmente a capacidade jurídica, por outro. É a este tema que este trabalho se volta agora.

¹³² ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 15-6.

¹³³ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Refugiados*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

¹³⁴ A despeito de todo o registro midiático feito em tempos recentes sobre a chegada de refugiados à Europa, mais especificamente de 2014 aos dias atuais, a região que mais sofre com a questão é a África.

4 A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NA UNIÃO EUROPEIA

Até o momento foram apresentados e sucintamente analisados os principais documentos internacionais referentes aos refugiados. Assim, de maneira geral é possível encontrar princípios na *Declaração Universal dos Direitos do Homem* que se traduzem na necessidade de respeito à dignidade de tais grupos que buscam melhores condições de vida em Estados terceiros que não os seus próprios. Da mesma maneira, e ainda de maneira geral, o *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* também apontam princípios, e mais que isto, apontam regras a serem cumpridas no que diz respeito à proteção da pessoa humana em si mesma.

Entretanto, um aspecto importante a ser destacado em relação a tais documentos é que eles foram criados em um contexto em que ainda era dada grande importância à ideia de *soberania*. A perspectiva de que o Estado-nação era soberano e que poderia, portanto, agir “como bem entendesse” no âmbito de suas fronteiras dominava o estabelecimento de tratados e pactos internacionais.

A realidade atual, entretanto, é diferente. Como indicado anteriormente neste texto, vive-se na atualidade em um contexto em que as fronteiras, ainda que existentes, não são mais limites às ações dos diversos atores sociais – seja uma empresa privada, seja um indivíduo ou até mesmo o Estado. É necessário, portanto, compreender e analisar os fenômenos das grandes migrações em massa no mundo tendo-se tal perspectiva como base.

É assim, neste contexto, que a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* parece ter sentido e justificativa em si mesma. Como visto, a Convenção de 1951 tem uma perspectiva um tanto quanto diferenciada quando comparada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com os dois Pactos anteriormente analisados. Ora, se por um lado a Convenção de 1951 se fundamenta claramente na perspectiva da soberania do Estado-nação – e nem poderia ser diferente dado o momento de sua criação –, por outro o texto demonstra grande abertura à ideia de aceitação de terceiros não nacionais.

Por outras palavras, significa dizer que enquanto os três primeiros documentos definem como foco central o indivíduo que é juridicamente vinculado a determinado Estado, a Convenção de 1951 parece defender a perspectiva de defesa universal de determinados direitos, nomeadamente aqueles que podem ser vistos como sendo os direitos fundamentais inclusive dos refugiados.

Resta saber, antes de serem analisados alguns casos concretos, o posicionamento formal da União Europeia em um contexto de refugiados. Para tanto será feita a seguir uma breve análise da Constituição material europeia¹³⁵ para se verificar se tais documentos englobam a defesa efetiva da dignidade humana em perspectiva universal, como frequentemente é publicamente exposto¹³⁶.

4.1 A PROTEÇÃO NO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA

O *Tratado da União Europeia* pode ser visto como o pilar central da construção jurídica da União Europeia. É este documento que, efetivamente, faz surgir a própria União Europeia, como assinalado em seu artigo 1.º: “Pelo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES instituem entre si uma UNIÃO EUROPEIA, adiante designada por ‘União’, à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objetivos comuns”. O texto, logo a seguir, também demonstra a importância do *Tratado de Funcionamento da União Europeia*¹³⁷, afirmando que “A União funda-se no presente Tratado e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” e que “estes dois Tratados têm o mesmo valor jurídico”^{138, 139}.

Já em seu artigo 2.º o Tratado da União Europeia traz informações que são extremamente relevantes para o tema debatido neste texto. Neste sentido a redação de tal artigo indica que

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres¹⁴⁰.

¹³⁵ Ver nota 82.

¹³⁶ Por outras palavras, buscar-se-á verificar se *efetivamente* a União Europeia defende, em seus documentos jurídicos, a dignidade dos refugiados, ou se tal instituição apenas tem um *discurso* favorável à defesa de tal dignidade, mas limita suas ações práticas por outras condicionantes.

¹³⁷ Que será objeto de análise da próxima subseção deste texto.

¹³⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 16.

¹³⁹ Talvez seja possível se fazer a seguinte analogia: o Tratado da União Europeia constituiria um *texto constitucional em si mesmo* enquanto o Tratado de Funcionamento da União Europeia constituiria um *texto de processo constitucional*. Vale destacar que a analogia aqui feita à Constituição e ao processo constitucional de um Estado qualquer não invalida a perspectiva da Constituição material europeia, como dito anteriormente.

¹⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 17.

Tal texto é relevante porque a União Europeia estabelece, já deste o início, quais são os *valores* que irão nortear sua atividade como instituição. Significa dizer – ou pelo menos espera-se – que todo o restante do próprio Tratado da União Europeia quanto do Tratado de Funcionamento da União Europeia, e ainda da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados tendo-se por base tais valores. Além disso, considerando-se que o constituinte originário¹⁴¹ optou por indicar tais valores em tal ordem – dignidade, liberdade, democracia, Estado de direito e respeito pelos direitos do Homem¹⁴² –, é de se supor que tal ordem possa ser utilizada na interpretação de todo o Direito europeu.

O número 2 do artigo 3.º faz a primeira indicação em relação ao tema aqui analisado – ou, ao menos, em um dos aspectos referentes ao tema central. A importância aqui recai sobre a ideia de *asilo*. Nesta toada esta é a redação de tal dispositivo:

A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno¹⁴³.

O número 5 deste mesmo artigo traz também uma expressão que se apresenta como essencial: a ideia de *solidariedade e respeito mútuo entre os povos*¹⁴⁴. Por um lado, é de se pressupor que tal princípio esteja vinculado às ações da União Europeia *dentro de suas fronteiras*, especialmente considerando-se a ideia de que os povos europeus, por formarem uma unidade cultural, devem ser solidários entre si.

Por outro lado, considerando-se que a palavra “solidariedade” aparece logo após a expressão “desenvolvimento sustentável do planeta”, pode-se ter o entendimento de que a solidariedade poderá ser expandida para ações da União Europeia para além de sua fronteira – ou, mais especificamente, poderá ser aplicada a outras pessoas que não originariamente se encontram dentro de suas fronteiras.

Tal interpretação é apoiada por outra expressão subsequente, qual seja, o da “proteção dos direitos do Homem”. Ora, esta expressão claramente remete o jurista para a ideia de Direito

¹⁴¹ Conforme já indicado em inúmeras partes deste texto, é fato que a União Europeia não tem uma Constituição em sentido formal. Entretanto, também já foi indicado que os Tratados formam a Constituição em sentido material. É nesta perspectiva – o da criação de uma Constituição material – que é utilizada a expressão *constituente originário* neste texto.

¹⁴² A expressão *respeito pelos direitos do Homem* deve ser entendida como vinculada à ideia de Direito natural, ou como a consciência jurídica universal dos povos.

¹⁴³ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 17.

¹⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 17.

natural, significando dizer que a solidariedade deverá ser vista como aplicável a todas as *personas humanas*, e não apenas aos *cidadãos europeus*.

Feita esta breve análise de alguns dos principais aspectos presentes já no início do Tratado da União Europeia e que definem os princípios gerais da União Europeia, passa-se à análise das demais partes do Tratado que se referem a questões de asilo e especialmente de refugiados. Curiosamente, e a despeito das ideias de dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade presentes nos momentos iniciais do Tratado da União Europeia, uma pesquisa rápida demonstra que neste Tratado especificamente a palavra “asilo” aparece apenas uma única vez, no já citado número 2 do artigo 3.º. Por sua vez, pesquisando-se pela palavra “refugiado” verifica-se que esta palavra não aparece em nenhum momento do Tratado da União Europeia.

Verifica-se, desta forma, que o Tratado da União Europeia é relevante para identificar os princípios gerais que regem a União Europeia, indicando ao intérprete quais são as bases valorativas em que tal instituição se fundamenta. Entretanto, é possível também indicar que, a despeito de tais bases, o Tratado da União Europeia não dá a esperada abertura à efetiva proteção e garantia da dignidade a outras pessoas humanas que não aquelas jurídica e formalmente vinculadas, de uma forma ou de outra, à própria União Europeia.

As palavras “asilo” e “refugiado” irão aparecer apenas no *Tratado de Funcionamento da União Europeia*, o qual será brevemente analisado logo a seguir, na próxima subseção.

4.2 A PROTEÇÃO NO TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

Assim como o Tratado da União Europeia, o *Tratado de Funcionamento da União Europeia* é considerado como um dos pilares jurídicos da União Europeia. Conforme já mostrado anteriormente, o Tratado de Funcionamento da União Europeia também fundamenta a estruturação da União Europeia e é visto, em conjunto com o Tratado da União Europeia e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como Direito originário da União.

Como indica o número 1 do artigo 1.º, o Tratado de Funcionamento da União Europeia “organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências”¹⁴⁵. A perspectiva que fundamenta tais domínios, bem como as competências, suas regras de exercício e seus limites são apresentados no artigo 2.º, ao indicar especialmente as prerrogativas que a União terá em relação às prerrogativas que lhe são

¹⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 50.

concedidas, ou garantidas, pelos Estados-membros. Daí definem-se quais são os critérios da competência exclusiva da União Europeia e da competência compartilhada da União Europeia com os Estados-membros.

Ainda no artigo 2.º, mas já no número 4, há a indicação de que “a União dispõe de competência, nos termos do Tratado da União Europeia, para definir e executar uma política externa e de segurança comum, inclusive para definir gradualmente uma política comum de defesa”¹⁴⁶. Isto é importante porque a questão dos refugiados está claramente vinculada à noção de política externa, da mesma forma que é entendida como uma questão de segurança nacional – portanto, faz parte da política comum de defesa da União Europeia.

Esta política de defesa comum, no que concerne ao tema deste trabalho, está diretamente apresentada no Título V, Capítulo 2 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, cujas epígrafes são, respectivamente, *O espaço de liberdade, segurança e justiça*, e *Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração*. A primeira indicação relevante está no número 1 do artigo 78.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, *ipsis verbis*:

A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão. Esta política deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra, de 28 de julho de 1951, e o Protocolo, de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e com os outros tratados pertinentes¹⁴⁷.

Aqui o Tratado de Funcionamento da União Europeia deixa explícito que a União irá fomentar ações de proteção aos refugiados conforme a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* e seu Protocolo de 1967, os quais foram brevemente analisados anteriormente neste texto. Esta perspectiva é relevante porque a União Europeia demonstra, com tal dispositivo, reconhecer não só a validade como também a importância da CNUER para a proteção e defesa dos refugiados, bem como de seus direitos.

Tal perspectiva é reafirmada no número 2 deste mesmo artigo 78.º, especialmente em suas alíneas *b)*, *c)* e *g)*, como se vê a seguir:

Para efeitos do n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam as medidas relativas a um sistema europeu comum de asilo que inclua:

a) Um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros, válido em toda a União;

¹⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 50.

¹⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 76.

- b) *Um estatuto uniforme de proteção subsidiária para os nacionais de países terceiros que, sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional;*
- c) Um sistema comum que vise, *em caso de afluxo maciço*, a *proteção temporária* das pessoas deslocadas;
- d) Procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária;
- e) Critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária;
- f) Normas relativas às condições de acolhimento dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária;
- g) *A parceria e a cooperação com países terceiros*, para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária¹⁴⁸.

Em breve análise, vale afirmar que a alínea *b)* indica claramente a preocupação da União Europeia com a situação daquelas pessoas que, por motivos diversos, não conseguem a concessão do asilo europeu e, nesta situação, ficariam sem proteção internacional. Demonstra-se aqui, claramente, a perspectiva *solidária* da União Europeia de garantir, sob uma perspectiva jurídica, solução para a pessoa humana que se encontre nesta condição.

Da mesma forma, a alínea *c)* se torna relevante especialmente devido à recente situação de migrações em massa ocorridas especialmente a partir da Síria em direção à Europa pelo menos nos últimos 4 (quatro) anos¹⁴⁹. Em situações atípicas como estas a União Europeia se mostra disposta a encontrar uma proteção *mínima*, temporária que seja, visando à garantia da dignidade de tais pessoas.

Por fim, torna-se relevante a perspectiva vislumbrada na alínea *g)* especialmente quando se consideram as opções que a União Europeia como instituição tem de buscar solucionar os fluxos migratórios em sua direção com Estados terceiros. Esta perspectiva foi recentemente adotada com a Turquia, em acordo cujo objetivo era diminuir o fluxo migratório para dentro do território europeu, como será visto em detalhes mais à frente neste texto.

Vale também chamar a atenção para a redação do artigo 79.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. A preocupação explícita de tal artigo é a de

garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a *prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos*¹⁵⁰.

¹⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 76-7, grifo nosso.

¹⁴⁹ Como será visto com mais detalhes mais à frente neste texto.

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 77, grifo nosso.

Destaca-se tal trecho do Tratado de Funcionamento da União Europeia devido à sua relevância para o combate de fatos que, invariavelmente, têm conexão direta com grandes fluxos migratórios, independentemente da causa destes. Infelizmente, é sabido que muitas pessoas, buscando se aproveitar da situação de calamidade pública e humana pela qual passam milhares, milhões de refugiados, aproveitam a “oportunidade” para migrar ilegalmente para outros países, por motivos diversos – motivos estes que, muitas vezes, não têm relação direta com o motivo que gerou o fluxo de refugiados.

Por sua vez, sabe-se também que nestas situações existem pessoas inescrupulosas dos dois lados – tanto do lado do Estado que causa a onda de refugiados quanto do lado do Estado que recebe os refugiados – que também se aproveitam da situação e realizam os mais distintos tipos de tráfico de seres humanos. Seja para trabalhos domésticos, seja para trabalhos manuais, seja para serviços sexuais, a lista de possibilidades, infelizmente, é imensa. Compete, portanto, aos poderes instituídos a responsabilidade de coibir tais fenômenos e, também, de combatê-los, evitando que venham a se repetir devido à hipossuficiência daqueles que se encontram em situação fragilizada devido à necessidade de buscar refúgio em um novo país – no qual, muitas vezes, não sabem inicialmente nem mesmo falar o idioma, o que dificulta ainda mais sua integração e o seguimento da vida com dignidade.

Em breve síntese, estes são os elementos centrais presentes no Tratado de Funcionamento da União Europeia que dizem respeito à proteção de refugiados na União Europeia. Vale destacar que, diferentemente do Tratado da União Europeia, o Tratado de Funcionamento da União Europeia traz efetivamente elementos que mostram a seriedade com que a União encara os fluxos migratórios e de refugiados no âmbito internacional, ao mesmo tempo em que demonstra sua preocupação em coibir aqueles atos ilícitos que, muitas vezes, vêm anexados a tais processos, como a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos. Resta saber, por fim, como se dá a fundamentação do tema na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como se verá na próxima subseção.

4.3 A PROTEÇÃO NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, como já tratado anteriormente neste texto, corresponde ao terceiro pilar que estrutura juridicamente a União Europeia. O catálogo dos direitos fundamentais ali presentes representa uma síntese do que se

considera como direito fundamental na consciência jurídica coletiva da Europa, quiçá da chamada *civilização ocidental*. É nesta perspectiva que se torna relevante verificar o posicionamento da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no que diz respeito aos refugiados.

Curiosamente, a despeito de seu nome e de sua importância, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia pouco – pode-se mesmo dizer que *nada* – fala sobre a questão dos refugiados. A única referência aos refugiados existente no texto está presente no artigo 18.º, que trata do direito de asilo:

É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designados “Tratados”)¹⁵¹.

Ou seja, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia remete seu intérprete para a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* e seu Protocolo de 1967, bem como para o Tratado da União Europeia – que nada fala sobre refugiados – e para o Tratado de Funcionamento da União Europeia – que, como indicado na subseção anterior, traz inúmeros elementos relevantes para a compreensão do posicionamento jurídico da União Europeia acerca do tema.

A explicação para este (aparente) silêncio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia a respeito de tema tão relevante parece estar vinculada ao fato de que tal documento tem como destinatários “as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União”, como indica a primeira parte do número 1 do artigo 51.º da CFUE – epigrafado *âmbito de aplicação*¹⁵². Significa dizer que as instituições, os órgãos e os organismos da União Europeia – sempre atuando com base no princípio da subsidiariedade –, bem como as instituições jurídicas dos Estados-membros devem ser limitadas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em suas ações.

Por outras palavras, a interpretação é a mesma que se faz quando o intérprete se depara com um catálogo de direitos fundamentais de determinada Constituição: muito mais do que esperar atuações propositivas, ou ativas, por parte do Estado, espera-se deste exatamente o contrário – ou seja, que exista a autocontenção das ações do Estado visando à garantia dos direitos fundamentais.

¹⁵¹ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 397.

¹⁵² UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 404.

Esta seria, portanto, a perspectiva adotada na redação do texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Aplicando-se o artigo 51.º à interpretação do artigo 18.º, pode-se afirmar que no que diz respeito aos princípios e regras constantes da *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* e seu Protocolo de 1967, bem como naqueles constantes nos Tratados da União Europeia, compete à União garantir o direito de asilo àqueles que assim o solicitarem. É o que se tem como entendimento em relação à segunda parte do número 1 do artigo 51.º da CFUE: “Assim sendo, [as instituições indicadas na primeira parte do número 1 do artigo 51.º] devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados”¹⁵³.

Tal fato, entretanto, merece uma consideração específica a respeito deste mesmo artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, especialmente no que diz respeito à sua aplicação ao artigo 18.º. Os direitos fundamentais garantidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – inclusive, obviamente, o direito de asilo – não são diretamente invocáveis pela pessoa humana. Como o âmbito de aplicação – exposto logo acima – diz respeito às *instituições* – sejam europeias, sejam nacionais –, aquele a quem os direitos fundamentais se dirigem ficam excluídos da legitimidade de peticionar junto a estas mesmas instituições. Ou seja, “os seus direitos [os direitos garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia] deveriam ser invocáveis na União por todos os cidadãos da União contra qualquer ofensa que contra eles fosse dirigida por qualquer autoridade da União ou dos Estados-membros”¹⁵⁴.

Entretanto, por outro lado destaca-se que “são destinatários da Carta *todas as pessoas que estiverem sob a jurisdição dos Estados-membros*”¹⁵⁵. Tal afirmação é relevante porque como se viu os refugiados estão sob jurisdição do Estado acolhedor, conforme a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* e seu Protocolo de 1967. Some-se a isto o fato de que compete à União Europeia, conforme os artigos do Tratado de Funcionamento da União Europeia indicados anteriormente, criar políticas para proteger os refugiados, mesmo que de maneira subsidiária.

Significa dizer, em conclusão, que aos refugiados também devem ser garantidos e efetivados, de maneira eficaz, todos os direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos

¹⁵³ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 404.

¹⁵⁴ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Direito Administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 212.

¹⁵⁵ QUADROS, *Direito da União...*, cit., p. 213, grifo nosso.

Fundamentais da União Europeia. Assim, *a contrario sensu* do que inicialmente poder-se-ia imaginar¹⁵⁶, também aqueles que ingressam em território da União Europeia e se encontram na situação de refugiado têm direitos fundamentais a serem garantidos pela União. É a este tema que o trabalho agora se dedica.

¹⁵⁶ Já que seria possível pressupor que os direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia teriam como destinatários apenas os *cidadãos europeus* conforme definidos pelo artigo 9.º do Tratado da União Europeia.

5 A CRISE DE REFUGIADOS NA UNIÃO EUROPEIA

Os últimos 4 (quatro) anos têm sido bastante relevantes no que diz respeito a fluxos migratórios em direção à Europa. Nomeadamente, destacam-se aqueles que são considerados como *fluxos de refugiados*, correspondendo, principalmente, a pessoas que saíram do Oriente Médio – especialmente da Síria – devido à guerra civil que grassa por aquele país.

Neste sentido, o objetivo desta parte do trabalho será o de fazer um breve relato acerca da verdadeira crise humanitária referente aos refugiados em direção à Europa, por um lado, e, por outro, analisar se a resposta europeia à situação está de acordo com os princípios de proteção da dignidade humana presentes tanto em documentos internacionais como nos próprios documentos europeus, conforme foi mostrado nas partes anteriores deste texto.

5.1 O CONTEXTO DA ATUAL CRISE DE REFUGIADOS EM DIREÇÃO À EUROPA

A Europa já passou por muitos momentos relacionados à proteção humana decorrente dos vários processos de guerra pelo qual enfrentou ao longo dos anos. Do ponto de vista jurídicos tais processos de ruptura foram importantes para colocar em evidência e elevar o nível de proteção dos direitos humanos. Muito embora exista todo o processo histórico pelo qual a União Europeia passou, a atual crise de refugiados é algo sem precedentes e que a União Europeia não esperava enfrentar. Talvez seja também possível afirmar que a União Europeia não está devidamente preparada para solucionar a situação, pelo menos em curto prazo – e isto porque os instrumentos jurídicos disponíveis são insuficientes e as políticas adotadas ainda não são tão eficazes.

O “primeiro” processo de imigração ocorrido na Europa foi entre 1950 e 1960, logo após a Segunda Guerra Mundial, que era na verdade a imigração econômica para a Europa Ocidental. Com base na *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados*¹⁵⁷

¹⁵⁷ Vale ainda destacar que “também nesta altura, surgiram várias convenções, resoluções e recomendações da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu que visavam reforçar, ainda mais, a protecção legal dos refugiados. A Declaração de 25 de Março de 1964 do Conselho da Comunidade Económica Europeia, é um destes exemplos. Nesta, os representantes dos governos dos Estados membros declararam que ‘a entrada nos seus territórios, afim de aí exercerem uma actividade assalariada, dos refugiados reconhecidos como tal, nos termos da Convenção de Genebra de 1951, e estabelecidos no território de um outro Estado membro da Comunidade, deve ser examinada de uma forma especial, nomeadamente, a fim de conceder a estes refugiados (...) um tratamento tão favorável quanto possível’. Apesar de se tratar de uma simples declaração (de intenções) e estar desprovida de efeito directo, nada indicava que não tivesse efeito útil. Além disso, os termos utilizados convidavam as administrações dos Estados membros, a um real exame da situação dos refugiados” (CIERCO, Teresa. *A política de refugiados e a conjuntura internacional*. Porto: Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, 2004, p. 154. Disponível

os governos desenvolveram políticas para facilitar a entrada e a integração dos imigrantes, concedendo permissão de trabalho, benefícios sociais e ensino do idioma do país de destino¹⁵⁸.

O segundo momento do aumento do fluxo migratório na Europa é quase no fim da Guerra Fria, em 1989, quando os refugiados do Leste Europeu, que sofriam repressões políticas e diante das péssimas condições econômicas dos países comunistas, pediram asilo na Europa ocidental, verificando-se que naquele momento

[...] cerca de 3,5 milhões de alemães de leste pediram refúgio na Alemanha ocidental antes da queda do muro de Berlim; os países ocidentais aceitaram cerca de 200 mil refugiados, depois das revoltas populares na Hungria em 1956; mais de 80 mil checos e eslovacos, depois da Primavera de Praga (1968); e cerca de 30 mil judeus, procedentes da Polónia durante o regime de Gomulka (1981). Para além destes, dezenas de milhares de judeus da ex-URSS passaram em trânsito pela Europa para os Estados Unidos ou Israel, durante as décadas de 1970 e 1980¹⁵⁹.

No entanto, a crise de refugiados na Europa tem seu ápice em 2015 e acaba por abalar as estruturas econômicas, sociais e políticas da União Europeia, tendo em vista a preocupação com o mercado único europeu e com o Espaço Schengen. O aumento de refugiados no espaço europeu se deu por questões alheias às políticas ou pelo contexto social e econômico da União Europeia, sobretudo em virtude da Primavera Árabe que acabou por refletir no aumento de migrantes para Grécia, Itália, Malta, Chipre e Hungria.

No fim de 2014, com a eclosão da guerra na Síria e a violência e a pobreza extrema em países como a Somália, Nigéria, Afeganistão, Iraque e Kosovo, o fluxo migratório para a Europa se intensifica, uma vez que os campos de refugiados da Jordânia, da Turquia e do Líbano já estavam superlotados. Milhares de refugiados deslocaram-se a pé ou pelo mar para Grécia e Itália. Muitos morreram no caminho, estimando-se as mortes em cerca de 4 (quatro) mil refugiados.

A grande razão da crise de refugiados na Europa se justifica pelas questões políticas, econômicas e sociais de países africanos e do Oriente Médio que entraram em uma crise institucional e fiscal, bem como enfrentam guerras civis e conflitos armados¹⁶⁰. Além disso, a superlotação nos campos de refugiados já existentes, a situação precária e sem condições de

em: <<http://www.cepese.pt/portal/pt/publicacoes/obras/desafios-da-democratizacao-no-mundo-global/a-politica-de-refugiados-e-a-conjuntura-internacional>>. Acesso em: 2 jun. 2018.).

¹⁵⁸ CIERCO, *A política...*, cit., 2004, p. 154.

¹⁵⁹ CIERCO, *A política...*, cit., 2004, p. 154.

¹⁶⁰ COSTA JÚNIOR, Carlos Nogueira da. Crise migratória na Europa em 2015 e os limites da integração europeia: uma abordagem multicausal. *Conjuntura Global*, vol. 5, n. 1, jan./abr., 2016, p. 23. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/portal/conjunturaglobal/files/2016/06/2-Carlos-Nogueira-da-Costa-Junior.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

receber mais famílias vindas desses países impõe por necessidade humanitária e de própria sobrevivência a ampliação da rota de refúgio para as fronteiras da União Europeia.

O número de refugiados em 2014 foi de 2,9 milhões, seguido do ano de 2015 quando houve o deslocamento de 1,8 milhão de pessoas. No último relatório do ACNUR, em 2016, o número de deslocamentos é o mais alto da história: 65,6 milhões de pessoas ao todo mundo foram forçadas a sair de suas casas, sendo que 22,5 milhões são refugiados e metade desse valor são menores de 18 anos¹⁶¹. Ademais, há 10 milhões de apátridas, os quais não possuem nenhuma nacionalidade, portanto, não tendo acesso aos direitos fundamentais como liberdade de movimento, acesso à saúde, educação e direito ao trabalho¹⁶². Os refugiados sírios correspondem à maior população de refugiados. Segundo o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) de 2016 os números de refugiados no mundo são os seguintes:

Os sírios mantiveram a maior população de deslocadas à força, com 12 milhões de pessoas no final de 2016; o número incluiu 5,5 milhões de refugiados, 6,3 milhões de pessoas deslocadas internamente e quase 185 mil requerentes de asilo. O segundo grupo foi o dos colombianos, com 7,7 milhões de deslocados, a maioria dentro do país. Havia também um total de 4,7 milhões de afegãos deslocados forçados, dos quais 1,8 milhões estavam deslocados internamente e 2,9 milhões eram refugiados ou requerentes de asilo. Outros grandes populações deslocadas pelo final de 2016 – as que incluem mais de 2 milhões de pessoas deslocadas, internamente ou como refugiados ou requerentes de asilo – vieram do Iraque (4,2 milhões), do Sudão do Sul (3,3 milhões), do Sudão (2,9 milhões), a República Democrática do Congo (2,9 milhões), a Somália (2,6 milhões), a Nigéria (2,5 milhões), a Ucrânia (2,1 milhões) e o Iémen (2,1 milhões)¹⁶³.

O conflito na Síria foi a principal motivo dos novos refugiados em 2016, com 824.400 novos reconhecimentos, o que levou a esse país ser a origem de refugiados mais habitual. Associado a isso, em 2015 e 2016 várias pessoas arriscaram a vida para cruzar o Mediterrâneo em busca de segurança e proteção. Consequentemente os países da União Europeia tiveram um aumento da população de refugiados e solicitantes de asilo¹⁶⁴.

¹⁶¹ “Sin la protección de la familia inmediata o de otros parientes, los menores no acompañados y separados están particularmente expuestos a sufrir explotación y abusos. El número de estos menores que, según informes, solicitaron asilo alcanzó los 75.000 durante el año, aunque se considera que la cifra real es superior”. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Tendencias globales*. Desplazamiento forzado en 2016. 19 de junio de 2017, p. 7. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2017/2017-06-19-Global-Trends-2016/2016_TendenciasGlobales-ESP-BAJA.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁶² ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Datos básicos*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/datos-basicos.html>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁶³ ALTO COMISSARIADO..., *Tendencias globales*..., cit., p. 6.

¹⁶⁴ ALTO COMISSARIADO..., *Tendencias globales*..., cit., p. 13.

Na Alemanha houve o aumento da população em 1,3 milhão de pessoas devido aos números de reconhecimento oriundos das solicitações de asilo. Igualmente, a Turquia foi o país que mais acolheu refugiados, contabilizando 2,9 milhões de refugiados em 2016, sendo que 98% eram procedentes da Síria, seguido de 30 mil refugiados do Iraque, 7 mil do Irã, 3.400 do Afeganistão e 2.200 da Somália. A Itália recebe um número crescente de chegadas pelo mar, em que se conta em média 181.500 (2016) advindos da Nigéria, Paquistão, Gâmbia, Senegal e Eritreia. A França recebeu 78.400 novas solicitações de asilo individual, seguido de 49.800 pedidos na Grécia e 39.900 na Áustria¹⁶⁵.

Deve-se lembrar ainda que cerca de 362.000 refugiados arriscaram suas vidas para cruzar o Mar Mediterrâneo em 2016, sendo que 181.400 pessoas chegaram à Itália, 173.450 chegaram à Grécia e cerca de 7.000 morreram, e na primeira metade de 2017 quase 3.000 pessoas morreram ou não chegaram a completar esse caminho¹⁶⁶. Desse número quase “90% dos refugiados e migrantes pagaram a grupos do crime organizado e passadores para os fazerem atravessar fronteiras”¹⁶⁷, mantendo-se de situação irregular no território europeu.

Nota-se nesse contexto que a problemática existente nada tem a ver com as políticas e/ou com a economia da Europa, diferentemente do ocorrido na Segunda Guerra Mundial. Isso demonstra a fragilidade do Direito Internacional como um todo, bem como o critério de fronteiras já é modificado, haja vista que os problemas internos de outras nações afetam diretamente o próprio ordenamento jurídico de outros países, forçando-os a modificar e adotar políticas comunitárias e nacionais para solucionar um problema que passa a ser global.

É importante destacar que a crise de refugiados não é um problema pelo qual apenas a Europa esteja passando, mas sim um problema global e que tem impacto em todo o mundo, muito embora tenha ocorrido por problemas pontuais em países específicos. A União Europeia, devido à proximidade e pelo fluxo intenso de refugiados, tem a necessidade de regular e adotar medidas para o acolhimento. Nesse sentido entende-se que a regulação europeia acerca dos refugiados possa vir a criar um precedente importante para o direito internacional, tendo em vista que os mecanismos internacionais e os próprios órgãos internacionais não são capazes de lidar sozinhos com a situação. Além disso, a legislação europeia acaba por criar um padrão de políticas de acolhimento para os demais países do mundo.

¹⁶⁵ ALTO COMISSARIADO..., *Tendencias globales...*, cit., p. 39-42, *passim*.

¹⁶⁶ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Situación en Europa*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/emergencia-en-europa.html>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. *A UE e a crise dos refugiados*. Última atualização: 05/06/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/portugal/news/eu-refugee-crisis_pt>. Acesso em: 5 jun. 2018.

Também é preciso lembrar que o processo de globalização, que permite a aproximação de pessoas e facilita os fluxos migratórios, proporciona igualmente que imigrantes ilegais e refugiados utilizem as mesmas vias e os mesmos transportes para chegar ao destino final. A mobilidade internacional de pessoas tem diversos motivos e não se funda mais nas questões trabalhistas, consistindo em uma motivação mais complexa de circulação de pessoas¹⁶⁸.

Consequentemente os problemas dos refugiados não se restringem a questões humanitárias ou de direitos humanos. A Europa passa atualmente por um processo de grandes movimentos populacionais, que obriga os Estados-membros a adotar políticas de controle migratório e populacional a fim de conciliar com as questões de segurança e paz. Haja vista que é necessário acolher e proteger os refugiados, ao mesmo tempo que se faz necessário garantir a segurança comunitária¹⁶⁹. Nesse sentido, a União Europeia se encontra em um embate para adaptar os seus mecanismos de controle de fronteiras ao aumento das migrações, devendo se atentar aos desafios da segurança e de ajuda humanitária.

Em razão disso a União Europeia se viu obrigada a criar mecanismos capazes de dar respostas positivas para essa problemática, como reformar o sistema comum de asilo a fim de não sobrecarregar os países que, em razão da sua localização geográfica, são as portas de entrada dos refugiados, de maneira a dividir as responsabilidades entre os Estados-membros.

A intenção é tornar o sistema de identificação também mais claro e conciso para que não haja dúvidas quanto aos migrantes regulares e aos refugiados, dando um tratamento mais igualitário e justo a estes últimos, garantindo também que todo país europeu cumpra sua quota de responsabilidade no que tange a recolocação e integração social daqueles que tiverem seu requerimento de asilo aceito.

Diante da crise migratória de refugiados para a Europa os Estados-membros já não conseguiam isoladamente controlar suas fronteiras uma vez que foi necessário intensificar para conter em certa medida os fluxos migratórios. Por essa razão passaram atuar em cooperação com a Agência Europeia de Guarda Costeira e de Fronteiras, o FRONTEX. A Agência “presta apoio aos países da UE e aos países associados de Schengen na gestão das suas fronteiras externas, contribuindo para a harmonização dos controlos nas fronteiras da UE”¹⁷⁰. Além disso o FRONTEX deve facilitar a “cooperação entre as autoridades de controlo das fronteiras de

¹⁶⁸ NICOLAU, Paulo Alexandre. A crise migratória da Europa. *Lusíada*. Política Internacional e Segurança, n. 15 (2017), p. 79-80.

¹⁶⁹ CIERCO, *A política...*, cit., 2004, p. 157.

¹⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (Frontex)*. Última actualização: 05/06/2018. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex_pt>. Acesso em: 5 jun. 2018.

cada país da UE, disponibilizando a assistência técnica e os conhecimentos específicos necessários em matéria de gestão das fronteiras externas”¹⁷¹.

O controle de determinadas fronteiras foi extremamente necessário para garantir a segurança diante do considerável número de refugiados que chegavam à Europa, ameaçando a própria estrutura do Espaço Schengen. Por outro lado, é indispensável a criação de mecanismos de acolhimento, integração e proteção desses refugiados a fim de se evitarem abusos, violências sexuais e de gênero, bem como criar assistências adequadas para as crianças que chegam desacompanhadas.

Contudo, quem são as pessoas que chegam à União Europeia? Nem todos que estão chegando às fronteiras europeias são necessariamente refugiados. Assim, se faz necessário destacar a condição de refugiado e como e por quais razões a pessoa é denominada como refugiado, com a possibilidade de pedir asilo em um país.

5.2 ESTATUTO DE REFUGIADO: DIFERENCIAÇÃO ENTRE MIGRANTE E REFUGIADO

A *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* definiu e reconheceu o termo “refugiado” em seu art. 1.º. De acordo com o ACNUR refugiado é a pessoa

que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele¹⁷².

Assim, refugiado é a pessoa que está ausente de seu país de origem e foi forçada a deixá-lo em razão de perseguições pautadas em opiniões políticas, raça, nacionalidade, religião, pertença a um grupo social, conflitos armados ou guerra civil, destacando que tal situação reflete uma violação dos direitos humanos. O refugiado não teve escolha a não ser deixar a sua pátria pois já não tem condições humanitárias de permanecer.

Diferentemente dos migrantes, pelo qual entende-se ser o indivíduo que teve o poder de decisão em migrar, seja em busca de melhores condições de vida, de trabalho, ou para educação, reagrupamento familiar e quaisquer que sejam as razões de escolha pessoa. O critério que define a pessoa como migrante são os fatores externos que não o forçaram a sair de seu

¹⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, *Agência Europeia...*, cit.

¹⁷² ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 2. O trecho citado já contém as adaptações decorrentes do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

país de origem, a decisão é tomada de livre vontade, e podem retornar ao seu país de origem a qualquer tempo¹⁷³.

Contudo, a abrangência da *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* era insuficiente por tratar abarcar unicamente *peçoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições*, pois havia diversas outras situações que necessitavam de proteção internacional. Diversas outras situações ficavam de fora da proteção da Convenção tais como vítimas de situações de violência indiscriminada, e demais indivíduos que estavam impedidos a retornar ao seu país por questões de segurança, mas que não estavam necessariamente sendo perseguidos¹⁷⁴.

Tal situação levava a uma contrariedade, posto que os refugiados têm o direito de pedir o asilo e não podem ser expulsos ou devolvidos para a situação de perigo que viviam anteriormente. Contrariamente, os migrantes que entrem de maneira ilegal ou clandestina¹⁷⁵, ou que permaneçam com o visto fora do prazo de validade, têm a sua situação como irregular por terem infringido as normas de admissão de entrada, não possuindo o estatuto legal no país de trânsito ou de acolhimento, mas que poderiam estar impedidos de retornar ao seu país.

Desse modo, o migrante irregular é aquele que atravessa a fronteira internacional sem possuir o passaporte válido, documentos de viagem ou não cumpre os requisitos administrativos para deixar o país de origem. Consequentemente o migrante irregular não tem autorização e tampouco os documentos exigidos pela imigração relativos à entrada, permanência ou trabalho¹⁷⁶.

Muitas vezes esses migrantes irregulares são objeto de outra problemática humanitária, como o contrabando de migrantes e de tráfico de pessoas, como ocorreu na travessia de muitas pessoas pelo mar Mediterrâneo. Diante da contrariedade do termo, e considerando-se que a situação deve ser analisada caso a caso, fez-se necessário obrigar os Estados a “proteger os estrangeiros em situação de especial vulnerabilidade, proibindo a expulsão para países onde

¹⁷³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *Glossário sobre migração*. N. 22. Genebra, Suíça. Organização Internacional para as Migrações, 2009, p. 43. Disponível em: <<http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2018.

¹⁷⁴ DAVID, Sofia. *O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016, p. 52. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_o_contencioso_do_direito_de_asilo_e_prot_eao_subsiaria.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁷⁵ Migração secreta ou encoberta em violação das exigências em matéria de imigração. Pode ocorrer quando um estrangeiro viola os regulamentos de entrada de um país ou, tendo entrado legalmente, nele permanece em violação dos regulamentos de imigração.

¹⁷⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL..., *Glossário...*, cit., p. 42.

aqueles pudessem ser expostos a tortura ou a penas e tratamentos cruéis, degradantes e desumanos”¹⁷⁷.

Infelizmente, o número de migrantes irregulares mortos é crescente e alarmante, pois há dificuldade na concessão de autorização legal, que na maioria das vezes é por falta de recursos financeiros e a pessoa acaba por recorrer aos meios clandestinos e ilegais, marítimos ou terrestres para se deslocar de seu país de origem até o país terceiro. Contudo, por vezes os meios utilizados para realizar a travessia são desumanos e precários, fazendo com que a maioria dos migrantes acabem morrendo antes mesmo de cruzar as fronteiras, ou quando chegam são devolvidos ao país de origem.

Por outro lado, os refugiados respaldados pela *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* têm o direito de solicitar o asilo, uma vez que necessitam de proteção internacional enquanto a sua condição de refugiado está pendente de resolução. O direito de asilo é o reconhecimento como refugiado e, consequentemente, o direito a receber a proteção legal e assistência.

Em alguns casos a linha de diferenciação entre migrante e refugiado é tênue, posto que ambos podem estar vivendo a mesma situação de perigo. No entanto, o refugiado tem a proteção e o direito de ter acesso aos procedimentos de asilo, nacionalidade e outras medidas que garantam que os seus direitos básicos sejam cumpridos e seja dado a oportunidade do refugiado se reestabelecer a partir de condições de vida dignas e seguras. Há obrigatoriamente um dever moral e uma responsabilidade do Estado em garantir a proteção aos que possuem o estatuto de refugiado¹⁷⁸.

Segundo o ACNUR a confusão entre os termos “refugiado” e “migrante” deve ser evitada em virtude de poder trazer insegurança aos refugiados, pois “misturá-los desvia a atenção das salvaguardas legais específicas que os refugiados requerem e pode prejudicar o apoio público aos refugiados e a instituição do refúgio”¹⁷⁹. Muito embora reconheça-se que muitas pessoas chegam na Itália e na Grécia, além dos refugiados, há outros casos de pessoas que aproveitam a situação para entrar de forma irregular, mas que também podem estar vivendo em situações de risco, que, todavia, não são consideradas como refugiados por não se

¹⁷⁷ DAVID, *O contencioso...*, cit., p. 52.

¹⁷⁸ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Refugiado ou Migrante?* O ACNUR incentiva a usar o termo correto. 1 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁷⁹ ALTO COMISSARIADO..., *Refugiado ou Migrante?...*, cit.

encaixarem no conceito definido pela *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados*¹⁸⁰.

O ACNUR ressalta que “escolher as palavras é importante”. Contudo, discorda-se da visão apresentada pela agência, pois enfatiza a situação do refugiado, que na sua maioria é oriunda da Síria. E por outro lado, pode-se desprezar a situação do migrante, ainda que ele tenha “escolhido” deixar o seu país em busca de condições melhores de vida, dependendo da situação em que o país de origem vive, as condições políticas, climática, sanitárias e minimamente humanitárias não são alcançadas, merecendo a proteção e o acolhimento, pelo menos em um primeiro momento.

Como exemplo prático disto a situação europeia demonstra que a entrada ilegal de fronteiras dos países terceiros pela rota marítima e terrestre aumentou desde 2013. Na maioria dos casos são cidadãos sírios, do Afeganistão e da Eritreia. De acordo com o FRONTEX foram cerca de 1,83 milhão de passageiros irregulares, sendo que 1,25 milhão solicitou asilo em 2015, e que alguns casos há a tentativa de entrada em mais de uma fronteira, em razão de ter sido recusado na primeira tentativa¹⁸¹.

Ao determinar a condição de “refugiado” ou “migrante irregular” é preciso levar em consideração não apenas a origem do indivíduo, mas as diversas situações que não se limitam à perseguição. Inúmeros fatores externos, como a insegurança no país de origem, combinados com diversos outros elementos podem levar à fundamentação do receio de perseguição por motivos cumulativos. A análise do perfil do indivíduo não deve ser feita unicamente com base na perspectiva do termo perseguição; a conjuntura atual permite verificar as outras razões que levaram os requerentes a não quererem retornar ao seu país de origem, tais como questões econômicas, sociais e políticas. Tais motivações devem ser suficientes para gerar uma grave ofensa aos direitos fundamentais dos requerentes, o que por si só justifica a necessidade de proteção internacional¹⁸².

A crise de refugiados na Europa mostrou que a definição estabelecida pela *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* estava longe de acobertar todas as necessidades de proteção internacional, pois estas não se findam em “perseguição individual”, mas envolvem, sobretudo, “ofensa grave”. A nível europeu a proteção internacional foi estendida por meio do artigo 78.º, n.º 2, alínea b, quando determinou a complementação e

¹⁸⁰ ALTO COMISSARIADO..., *Refugiado ou Migrante?*..., cit.

¹⁸¹ EUROPEAN PARLIAMENT. Research Service. *Migration and asylum*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/thinktank/infographics/migration/public/index.html?page=intro>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁸² DAVID, *O contencioso*..., cit., p. 46.

suplementação da proteção dos refugiados que estava prevista na Convenção por meio da proteção subsidiária¹⁸³.

É necessário ampliar as possibilidades de proteção internacional porque o problema europeu não se centra unicamente nos fatos numéricos: há a questão da sua integração na sociedade. Nesse momento, talvez, a diferenciação entre refugiado e migrante seja importante, pois há um esforço econômico, político e social dos Estados para inserir estas pessoas na sociedade. Há ainda as barreiras linguísticas, a discriminação social, a adaptação de suas competências no mercado, a necessidade de reagrupamento familiar, acesso à saúde e educação.

Obviamente que a situação de um refugiado é extremamente delicada, porque além de estar em pátria e cultura diferentes da sua, há o impacto de ter sido forçado a sair de sua casa. Contudo, independente de qualquer que seja a situação, refugiado ou migrante, é um dever do Estado zelar pela dignidade humana, seja ela individual ou coletiva¹⁸⁴. Na situação que permeia a travessia no mar Mediterrâneo, muitas vezes aquelas pessoas, refugiadas ou migrantes, passaram por momentos de abusos, de calamidade e até mesmo de tráfico de seres humanos. É, portanto, necessário conceder os direitos e liberdades mínimas, adotando medidas que viabilizem a concretização da inserção do indivíduo em uma sociedade que coadune com os padrões mínimos para o seu desenvolvimento.

Sobretudo deve prevalecer a proteção à dignidade humana, consagrada e defendida em tantos documentos internacionais e europeus que reconhecem¹⁸⁵ o respeito à dignidade humana como um dos valores que fundam a União Europeia¹⁸⁶. Assim, o respeito à dignidade humana e a garantia dos direitos fundamentais deve ser um pilar para o acolhimento dos refugiados e de pessoas que chegam aos territórios europeus em situação de iminente risco de vida.

É preciso ter em conta que os Estados estejam preparados não apenas financeira, mas também socialmente. É necessário também conscientizar os cidadãos nacionais que não haverá

¹⁸³ PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do Sistema Europeu Comum de Asilo. *e-Pública*. Vol. 3 N. 2, Novembro 2016, p. 7- 12, *passim*.

¹⁸⁴ Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho explana sobre a projeção da proteção da dignidade humana, não colocando protegido não apenas o ser humano individualmente, mas também seus coletivos, tais como os povos: as etnias, os povos, ou seja, humanidade como um todo. CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit.

¹⁸⁵ Além de reconhecer o texto da Carta, o Tratado da União Europeia deu a ela o mesmo valor jurídico que possuem os demais tratados europeus: “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit.

¹⁸⁶ O artigo 2º do Tratado da União Europeia, que tratou da Dignidade Humana, colocou ainda como sendo pertencente a todos os Estados-membros: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit.

perda de direitos, tampouco a diminuição da quantidade de empregos e os benefícios sociais internos, aumento da criminalidade, insegurança e risco de terrorismo.

Muito dessa situação é reflexo da política de asilo, uma vez que a União Europeia não estava preparada para enfrentar uma crise de refugiados sem precedentes na história. O acolhimento e a inserção dessas pessoas na sociedade dependem de uma decisão judicial, a qual concederá o asilo e o estatuto de refugiado. Enquanto isso não acontece o processo pode levar meses de espera, o que prejudica os refugiados por estes ainda não possuírem uma nacionalidade, um direito e uma casa.

5.3 DIREITO DE ASILO: NORMAS INTERNACIONAIS E EUROPEIAS

A localização de alguns países da União Europeia com os países vizinhos que passam e/ou passaram por conflitos políticos e sociais favoreceu o aumento, até então desconhecido, do número de migrantes e refugiados desde o ano de 2014. Isto promoveu uma grande discussão paradoxal entre a segurança e o dever moral de receber e acolher as milhares de pessoas que passaram por situações de risco. A questão do asilo para alguns países da Europa não era uma preocupação; no entanto, a aplicação concreta das políticas de asilo e migração são responsabilidades dos Estados, muito embora estejam abarcados pelas normas internacionais e europeias.

Assim, se faz necessário compreender o que significa o direito de asilo e quem pode requerer. A Organização Internacional de Migrações destaca dois significados diferentes:

O direito de conceder asilo (um Estado pode conceder asilo no seu território a qualquer pessoa de acordo com poderes de decisão discricionários) e o direito de lhe ser concedido asilo quer *vis-à-vis* no Estado em cujo território o asilo é requerido, quer *vis-à-vis* no Estado de perseguição¹⁸⁷.

No caso do presente trabalho o direito de asilo se refere ao direito de ser concedido o asilo às pessoas que correm um perigo de dano iminente em seu próprio país. Sendo, portanto, um direito fundamental, reconhecido quer no plano internacional, quer no plano europeu, que deve ser concedido no primeiro país onde o indivíduo não corre risco.

No entanto, o pedido de asilo é extremamente complexo e demorado. Por essa razão a União Europeia tem tido dificuldades para estabelecer novas políticas de asilo, isso porque é um procedimento independente para cada Estado-membro, que deverá estabelecer os critérios

¹⁸⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL..., *Glossário...*, cit., p. 19.

valorativos para a decisão de acolhimento ou não. Enquanto não são concedidos o direito de asilo e o reconhecimento da condição de refugiado o indivíduo permanece em um centro de acolhimento ou, infelizmente, nas ruas, pois o Estado não tem o direito de expulsar esses indivíduos. Tal proibição decorre da *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados*, que estabeleceu no art. 33, n. 1, o princípio do *non-refoulement*:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas¹⁸⁸.

Na verdade, a Convenção não definiu o direito de asilo, mas determinou que o Estado que ratificou o documento fica obrigado a não devolver as pessoas que se encontrem nas situações acima descritas. Desse modo o Estado deve proteger o indivíduo que entrou em seu território com o intuito de fugir de uma situação de risco. Com base na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, no artigo 14, que prevê que “toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”¹⁸⁹, o Estado deve conceder a proteção subsidiária¹⁹⁰ ou temporária¹⁹¹.

Isso deu azo para que os próprios Estados estabelecessem as regras para a concessão do direito de asilo. Ressalta-se que a decisão é totalmente discricionária e depende da decisão do poder Judiciário, uma vez que o indivíduo que requer o asilo deve provar que tem fundado receio em retornar ao seu país de origem em virtude do perigo à ofensa à sua vida.

Por essa razão e diante dos números alarmantes de refugiados e de migrantes os órgãos europeus tiveram que rever as suas políticas de asilo e de segurança das fronteiras. Muito embora as bases para o direito de asilo tenham sido estabelecidas no Tratado da União Europeia,

¹⁸⁸ ALTO COMISSARIADO..., *Convenção Relativa...*, cit., p. 15-6.

¹⁸⁹ UNICEF BRASIL, *Declaração Universal...*, cit.

¹⁹⁰ “Protecção subsidiária – A concessão de autorização de residência aos estrangeiros e aos apátridas a quem não seja aplicável a definição de “refugiado” e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave, nomeadamente, pena de morte ou execução; tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante; ou ameaça grave contra a sua vida ou integridade física, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos”. SERVIÇO JESUÍTA AOS REFUGIADOS. *Glossário*. Disponível em: <<https://www.jrsportugal.pt/wp-content/uploads/pdf/glossario/glossario.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁹¹ “O procedimento de carácter excepcional que assegure, no caso de ocorrência ou iminência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma protecção temporária imediata, designadamente se o sistema de asilo não puder responder a este afluxo sem provocar feitos contrários ao seu correcto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e de outras pessoas que solicitem protecção”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL..., *Glossário...*, cit., p. 58.

no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A política de asilo na União Europeia tem como escopo que os Estados-membros harmonizem os procedimentos de asilo por meio da aplicação um regime comum. O objetivo é conferir um estatuto apropriado a todo e qualquer indivíduo de um país terceiro que precise de proteção internacional e assegurar o cumprimento do princípio do *non-refoulement*. As medidas adotadas pelos Estados-membros devem estar de acordo com as normas internacionais da *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* e com o *Protocolo de 1967*¹⁹².

A base jurídica para a política de asilo está prevista nos artigos 18.º e 19.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e no artigo 6.º¹⁹³, no artigo 67.º, n.º 2 e no artigo 78.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. A Carta apenas remete à *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* e ao *Protocolo de 1967* e enfatiza a proibição do afastamento, expulsão ou extradição para um Estado onde o indivíduo corra sério risco de ser sujeito de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

O artigo 67.º, n.º 2, do Tratado de Funcionamento da União Europeia aponta a solidariedade que deve existir entre os Estados-membros no desenvolvimento de uma política comum sobre asilo, imigração e controle de fronteiras. De maneira complementar o artigo 78.º destaca que a União deverá desenvolver instrumentos para garantir a “política de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão”¹⁹⁴.

¹⁹² PARLAMENTO EUROPEU. *Política de asilo*. Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2018. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.2.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

¹⁹³ O texto completo do artigo 6.º do Tratado da União Europeia é o seguinte: “1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 19.

¹⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 76.

Desse modo o Parlamento Europeu e o Conselho em conformidade com o processo legislativo ordinário aderir mecanismos coerentes com o Sistema Europeu Comum de Asilo que deve incluir:

- a) Um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros, válido em toda a União;
- b) Um estatuto uniforme de proteção subsidiária para os nacionais de países terceiros que, sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional;
- c) Um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a proteção temporária das pessoas deslocadas;
- d) Procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária;
- e) Critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária;
- f) Normas relativas às condições de acolhimento dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária;
- g) A parceria e a cooperação com países terceiros, para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária¹⁹⁵.

O mesmo dispositivo legal confere à União o poder – que decorre dos atos de direito interno da União e dos tratados internacionais com a União e países terceiros –, de propor acordos de direito internacional e para determinar parcerias e cooperação com países terceiros, justamente para alcançar a concretização do Sistema Europeu Comum de Asilo. Bem como para atender aos desafios colocados em relação ao espaço de liberdade, à segurança, à justiça e, sobretudo, à política de asilo que necessita de uma melhor coordenação entre as políticas internas e externas da União Europeia¹⁹⁶.

Ademais, o artigo 78.º, n.º 3 abre a possibilidade do Conselho, nos casos de situação de emergência, marcada pelo aumento do fluxo de nacionais de países terceiros, adotar medidas provisórias a favor dos Estados-membros. Ressalta-se que o trânsito de pessoas pode estar relacionado com pessoas que necessitam ou não de proteção internacional, mas que em princípio, são migrantes irregulares. Trata-se, portanto de um “fluxo misto”, qual incorpora as duas categorias, em diferentes proporções, que, contudo, exige medidas provisórias em razão do número de nacionais de países terceiros que chegam à União necessitando de algum tipo de proteção¹⁹⁷.

Antes da eclosão da crise de refugiados o Conselho Europeu adotou diversos programas a fim de executar a política europeia em matéria de asilo. Em 1999 adotou o *Programa de Tampere*, propôs a criação de uma política comum para a imigração, com a implementação do Sistema Europeu Comum de Asilo, uma zona judiciária europeia e o

¹⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 76-7.

¹⁹⁶ PIÇARRA, *A União Europeia...*, cit., p. 6.

¹⁹⁷ PIÇARRA, *A União Europeia...*, cit., p. 6.

desenvolvimento da área da justiça europeia. Em seguida, no ano de 2004, o programa foi atualizado para seguir para as próximas etapas, e em 2008, a partir do *Pacto Europeu sobre Imigração* estabeleceu-se que haveria um procedimento de asilo único, que abarcasse as garantias comuns e estatutos uniformes para refugiados e outro para quem fosse designado como beneficiário ou necessitasse de proteção subsidiária¹⁹⁸.

Muito embora em 2009 o *Programa de Estocolmo* tenha reafirmado a necessidade de uma solidariedade e um espaço comum de proteção entre os Estados-membros, somente em 2014, já com o início da crise de refugiados, é que realmente o Conselho Europeu definiu novas estratégias para a proteção legislativa e operacional do espaço europeu nos moldes do artigo 68.º, com a efetiva implementação do Sistema Europeu Comum de Asilo, que já era uma prioridade urgente¹⁹⁹.

A base jurídica do Sistema Europeu Comum de Asilo fundamenta-se em quatro principais diretivas e dois regulamentos. A Diretiva 2011/55/CE refere-se à concessão de *proteção temporária* no caso fluxo intenso de pessoas deslocadas e destaca medidas que assegurem a “repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento”.

A outra Diretiva 2011/95/UE refere-se à *qualificação* posto que elenca as condições que os nacionais de Estados terceiros ou por apátridas devem preencher para terem o benefício da proteção internacional e estarem abarcados pelo Estatuto de Refugiado ou pessoas qualificadas para proteção subsidiária. As duas Diretivas de 2013 tratam dos *procedimentos* comuns de concessão (32/UE) e do *acolhimento* (33/UE). Os dois outros instrumentos jurídicos referem-se ao Regulamento de Dublin e ao Eurodac.

A Convenção de Dublin foi estabelecida a partir do Regulamento n.º 343/2003, que instituiu critérios e instrumentos de deliberação do Estado-membro responsável pela verificação do pedido de asilo apresentado num dos Estado-Membros por um nacional de um país terceiro. Nesses termos, o Regulamento de Dublin II estabeleceu como base que somente um Estado-membro é que deveria ser responsável pela análise de um pedido de asilo, de modo a evitar que os requerentes de asilo transitem de um país para outro, sem qualquer resguardo de direitos fundamentais, bem como, o requerimento seja feito em diferentes países, ensejando pedidos repetitivos e até mesmo decisões conflitantes na decisão de concessão do asilo.

Assim, os critérios estabelecidos pelo Regulamento de Dublin II, de acordo com a ordem de apresentação e de acordo com a situação apresentada no momento do pedido de asilo,

¹⁹⁸ PARLAMENTO EUROPEU, *Política de asilo...*, cit.

¹⁹⁹ PARLAMENTO EUROPEU, *Política de asilo...*, cit.

foram: princípio da unidade familiar, emissão de autorizações de residência ou vistos, entrada ou estada ilegal num Estado-membro, entrada legal num Estado-membro, e pedido apresentado numa área de trânsito de um aeroporto. Além disso, os pedidos necessitam ser avaliados pelo Estado-membro que foi designado como responsável em virtude da aplicação dos critérios descritos, de modo a impedir os conflitos de competência entre os Estados-membros. Em todo caso, o Estado responsável pela análise deve ser sempre aquele que recebeu o pedido primeiro²⁰⁰.

O Regulamento de Dublin II foi revisto e atualizado com o Regulamento n.º 604/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, que “estabeleceu critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida”²⁰¹. Sobretudo o Sistema Europeu Comum de Asilo deveria trazer um sistema que analisasse os pedidos rapidamente de maneira clara e operacional para determinar qual Estado-membro seria responsável.

A revisão do Regulamento de Dublin trouxe procedimentos sólidos e maiores mecanismos de proteção dos requerentes de asilo com a melhora da eficiência do sistema por meio dos seguintes instrumentos:

Um mecanismo de alerta precoce, preparação e gestão de crises, voltado para a abordagem das causas disfuncionais fundamentais dos sistemas nacionais de asilo ou dos problemas decorrentes de pressões específicas;

Uma série de disposições relativas à proteção dos requerentes, como a entrevista pessoal obrigatória, garantias para menores (incluindo uma descrição pormenorizada dos fatores que devem estar na base da avaliação dos melhores interesses da criança) e amplia as possibilidades de reunificação com os familiares;

A possibilidade de recursos para suspender a execução da transferência para o período em que o recurso é julgado, juntamente com a garantia do direito de uma pessoa permanecer no território enquanto se aguarda a decisão de um tribunal sobre a suspensão da transferência enquanto se aguarda o recurso; Obrigação de garantir assistência jurídica gratuita, mediante solicitação;

Um único terreno para detenção em caso de risco de fuga e limitação rigorosa da duração da detenção;

A possibilidade de os requerentes de asilo poderem, em alguns casos, ser considerados migrantes irregulares e devolvidos ao abrigo da Diretiva Regresso, ser tratada ao abrigo do procedimento de Dublin;

²⁰⁰ PIÇARRA, *A União Europeia...*, cit., p. 26.

²⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 180, de 29/06/2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=PT>>. Acesso em: 5. jun. 2018.

Obrigação de garantir o direito de recorrer da decisão de transferência;

Mais clareza jurídica dos procedimentos entre os Estados-Membros – por ex. prazos exaustivos e mais claros. Todo o procedimento de Dublin não pode durar mais do que 11 meses para se encarregar de uma pessoa, ou 9 meses para a devolu  o²⁰².

Para além da revisão, e a fim de determinar mecanismos capazes de aplicar efetivamente o regulamento criou-se o EURODAC, por meio do Regulamento n.é 603/2013²⁰³. O EURODAC refere-se a um sistema de comparação de impressões digitais para ajudar na determinação do Estado-membro responsável pela análise do pedido de proteção internacional das impressões digitais de quem solicita o asilo e ficam registrados numa base de dados, em que   possível identificar o solicitante onde quer que esteja na União Europeia. Por meio do EURODAC   possível acessar elementos comparativos de impressões digitais para determinar o Estado-membro que irá analisar o pedido de asilo. Além disso, esse sistema foi lançado para implementar e pôr em funcionamento as disposições do Regulamento de Dublin²⁰⁴.

Todavia, em 2015 com o auge da crise migratória e de refugiados o sistema EURODAC não estava sendo capaz de dar respostas aos Estados-membros, tampouco cumprir com a finalidade para qual foi criado. Haja vista que não era possível coletar as impressões

²⁰² Tradução livre do autor a partir do seguinte texto: “An early warning, preparedness and crisis management mechanism, geared to addressing the root dysfunctional causes of national asylum systems or problems stemming from particular pressures; A series of provisions on protection of applicants, such as compulsory personal interview, guarantees for minors (including a detailed description of the factors that should lay at the basis of assessing a child’s best interests) and extended possibilities of reunifying them with relatives; The possibility for appeals to suspend the execution of the transfer for the period when the appeal is judged, together with the guarantee of the right for a person to remain on the territory pending the decision of a court on the suspension of the transfer pending the appeal. An obligation to ensure legal assistance free of charge upon request; A single ground for detention in case of risk of absconding; strict limitation of the duration of detention; The possibility for asylum seekers that could in some cases be considered irregular migrants and returned under the Return Directive, to be treated under the Dublin procedure – thus giving these persons more protection than the Return Directive; An obligation to guarantee right to appeal against transfer decision; More legal clarity of procedures between Member States – e.g. exhaustive and clearer deadlines. The entire Dublin procedure cannot last longer than 11 months to take charge of a person, or 9 months to take him/her back (except for absconding or where the person is imprisoned)”. EUROPEAN COMMISSION. *A Common European Asylum System*. Strasbourg, 12 June 2013. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-532_en.htm>. Acesso em: 30 mai. 2018.

²⁰³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.  603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo   criação do sistema «Eurodac» de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento (UE) n.é 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados-Membros e pela Europol para fins de aplicação da lei e que altera o Regulamento (UE) n.é 1077/2011 que cria uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 180, de 29/06/2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=PT>>. Acesso em: 5. jun. 2018.

²⁰⁴ EUROPEAN COMMISSION. *Identification of applicants (EURODAC)*. Last update: 05/06/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/identification-of-applicants_en>. Acesso em: 5 jun. 2018.

digitais de todos que chegavam nas fronteiras e transitavam à União Europeia. Consequentemente, muitos dos migrantes não foram registrados, sobretudo, os menores desacompanhados, tornando-os migrantes irregulares. Em 2016 a Comissão Europeia apresentou uma proposta para reformular o EURODAC a fim de atender aos critérios determinados no Regulamento de Dublin e garantir o fornecimento dos dados comparativos. Para além da recolha das impressões digitais a Comissão considerou ser necessário a utilização de identificadores biométricos para o reconhecimento fácil e recolha de fotografia digitais. Houve outras propostas, mas que ainda estão pendentes de decisão²⁰⁵.

Para tanto, contou-se com o apoio das agências especializadas que ficaram e ainda estão à disposição dos Estados-membros. Destaca-se o FRONTEX, já mencionado anteriormente. A proposta do FRONTEX, que está localizado em Varsóvia, é facilitar e tornar mais eficaz a aplicação das medidas de gestão das fronteiras externas, sobretudo em relação ao Código das Fronteiras Schengen e garantir o cumprimento dos direitos estabelecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A proposta é ter uma gestão integrada entre as fronteiras europeias de modo a complementar os sistemas de gestão das fronteiras de cada Estado-membro da União Europeia, além de contribuir para a liberdade e a segurança dos cidadãos europeus²⁰⁶.

Em tese, deve-se ter um compartilhamento das responsabilidades entre as autoridades nacionais e o FRONTEX a fim de aumentar e tornar mais eficaz e uniformizar os procedimentos de controle das fronteiras externas. A Agência deve ainda monitorizar os fluxos migratórios, realizar análises de risco e avaliações de vulnerabilidade, incluindo a avaliação da capacidade e disponibilidade dos Estados-membros para enfrentar ameaças e desafios nas fronteiras externas. Além disso, deve contribuir com os Estados-membros para a formação de guardas de fronteira nacionais, incluindo no estabelecimento de normas comuns de formação. Dentre tantas funções do FRONTEX destaca-se ainda o apoio nas operações de busca e salvamento no mar e o retorno dos nacionais de países terceiros que não têm o direito de permanecer no território da União Europeia.

²⁰⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Identification of applicants...*, cit.

²⁰⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Agencies*. EASO: The European Asylum Support Office. Last update: 05/06/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/agencies_en>. Acesso em: 5 jun. 2018.

Além do FRONTEX pode-se destacar a Europol²⁰⁷, a CEPOL²⁰⁸, o EASO²⁰⁹ e a eu-LISA²¹⁰. Estas agências fornecem informações e aconselhamento, preparam e tomam decisões, supervisionam as operações e apoiam a elaboração de políticas. Para além das agências descentralizadas acima mencionadas, menciona-se também a Direção-Geral da Migração e dos Assuntos Internos.

5.4 ESTATÍSTICAS RECENTES DE PEDIDOS DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA

A partir de 2013 o número de requerente de asilo aumentou exponencialmente, sendo que neste ano foram 431 mil pedidos, em 2014 627 mil e quase 1,3 milhão de pedidos de asilo no ano de 2015. No entanto, em 2016, esse número reduziu em cerca de 4%, ou seja, menos de 53 mil pedidos de asilo pela primeira vez, diminuindo também os pedidos de indivíduos provenientes da Síria²¹¹. Os Estados-membros que mais receberam pedidos de asilo pela

²⁰⁷ A Europol ajuda as forças policiais dos Estados da UE a melhorarem a sua cooperação em matéria de prevenção e luta contra as formas mais graves de criminalidade internacional, como o terrorismo, o tráfico de droga e o contrabando de pessoas, centrando-se nas organizações criminosas. A assistência prestada pela Europol aos serviços nacionais de aplicação da lei consiste em facilitar o intercâmbio de informações, fornecer análises criminais, bem como ajudar e coordenar as operações transfronteiriças. Ao contrário das forças policiais nacionais, a Europol não possui poderes autónomos de investigação ou coercitivos. EUROPEAN COMMISSION, *Agencies...*, cit.

²⁰⁸ A CEPOL é uma agência da União Europeia dedicada a desenvolver, implementar e coordenar a formação de funcionários responsáveis pela aplicação da lei. A CEPOL contribui para uma Europa mais segura, facilitando a cooperação e a partilha de conhecimentos entre os responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-Membros da UE e, em certa medida, de países terceiros, sobre questões decorrentes das prioridades da UE no domínio da segurança; em particular, do ciclo político da UE sobre a criminalidade grave e organizada. EUROPEAN COMMISSION, *Agencies...*, cit.

²⁰⁹ O EASO foi criado em 2011 para reforçar a cooperação prática entre os Estados-Membros em matéria de asilo e para ajudar os Estados-Membros a cumprir as suas obrigações no âmbito do Sistema Europeu Comum de Asilo. O EASO funciona como um centro de especialização em matéria de asilo, fornecendo apoio científico e técnico aos Estados-Membros, especialmente àqueles cujos sistemas de asilo e acolhimento estão sob uma pressão particular. Através da sua função de apoio, o EASO presta assistência aos Estados da UE no cumprimento das suas obrigações europeias e internacionais no domínio do asilo. EUROPEAN COMMISSION, *Agencies...*, cit.

²¹⁰ A eu-LISA, a Agência da UE para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala, iniciou com êxito as operações em 1 de dezembro de 2012. Cumpre as tarefas de gestão operacional do SIS II, do VIS e do EURODAC. A principal tarefa operacional é garantir que esses sistemas sejam mantidos funcionando 24 horas por dia, sete dias por semana. Suas outras responsabilidades incluem adotar as medidas de segurança necessárias e garantir a segurança e integridade dos dados, bem como a conformidade com as regras de proteção de dados. A sede é em Tallinn (Estônia), enquanto a gestão operacional é realizada em Estrasburgo (França). EUROPEAN COMMISSION, *Agencies...*, cit.

²¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Eurostat. *Estatísticas sobre o asilo*. Dados extraídos em 13 de março de 2017, exceto os dados sobre decisões definitivas que foram extraídos em 24 de abril de 2017 e os dados sobre o estatuto dos menores (Gráfico 5) que foram extraídos em 11 de maio de 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/pt&oldid=354229>. Acesso em: 2 jun. 2018.

primeira vez em 2016 foi a Alemanha com quase 746 mil requisições, seguido da Itália com 122.960²¹², a França com 84.270, a Grécia com 51.110 e a Áustria com 42.255 pedidos²¹³.

Considerando que 32% dos requerentes de pedido de asilo pela primeira vez eram menores de 18 anos, a se destacar a Polônia que em 45% dos pedidos que recebeu eram de menores de 14 anos, sendo que em 2016 foram cerca de 63,3 mil pedidos de menores desacompanhados. Ademais os requerentes na maioria dos casos eram homens em todas as idades²¹⁴.

Entre o pedido de asilo e a decisão tanto em primeira quanto em segunda instância, bem como em processo de recurso ou revisão, interessa saber quantas decisões foram favoráveis e quanto tempo demoraram para ser concedida proteção internacional. Considerando o número de refugiados no ano de 2016 (1.259.955) e em 2015 (1.321.600) apenas 61% das decisões de primeira instância tiveram resultados positivos. Isso quer dizer que concedeu-se o estatuto de refugiado ou proteção subsidiária, ou autorização de residência por razões humanitárias. Essa porcentagem refere-se a 366 mil pessoas que receberam o estatuto de refugiado, 258 mil a proteção subsidiária e 48 mil de autorização de residência, concedida em decisão de primeira instância.

Os números revelam que o sistema proposto pelo Regulamento de Dublin, a partir de uma análise célere do pedido pelo primeiro Estado-Membro com a implantação do Eurodac não funciona efetivamente pois o número de pessoas que entraram na União Europeia necessitando de proteção internacional é desproporcional com as que efetivamente receberam a proteção. Igualmente, a proposta de repartição das competências e das responsabilidades também não tem surtido efeitos, tendo em vista que a distribuição de refugiados pelos 28 Estados-membros se concentram na Alemanha, na Itália, na França, na Grécia e na Áustria. Enquanto que países como Irlanda (2.245 pedidos), a Polônia (12.305 pedidos) e a Hungria (29.430 pedidos) que tem cerca de 75% de taxas de rejeição dos refugiados. Além das elevadas taxas de rejeições finais registradas pela Estônia (175 pedidos), Croácia (2.225 pedidos), Lituânia (430 pedidos) e Portugal (1460 pedidos), onde todas as decisões finais foram negativas^{215, 216}.

Enquanto uma decisão final sobre o pedido de proteção internacional não é proferida o caso é considerado aberto, e esse prazo de espera por uma decisão que já não cabe mais

²¹² Dez mil requerentes de asilo em 2016 de uma só nacionalidade, com 27 mil requerentes provenientes da Nigéria e 14 mil do Paquistão.

²¹³ EUROPEAN PARLIAMENT. *Uma Europa acolhedora?* Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/external/html/welcomingeurope/default_pt.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

²¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Estatísticas sobre o asilo...*, cit.

²¹⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Estatísticas sobre o asilo...*, cit.

²¹⁶ EUROPEAN PARLIAMENT, *Uma Europa acolhedora?....* cit.

recurso pode ser tempo infindável, pois depende, sobretudo, do sistema judiciário e do funcionamento do sistema de asilo de cada país da União Europeia. Até dezembro de 2016 cerca de 1.133.250 requerentes aguardavam uma decisão final sobre o pedido de proteção internacional; desse número 875.929 aguardavam por uma decisão em primeira instância por pelo menos 6 meses²¹⁷. A maioria de casos que aguardavam por uma decisão foi registrado na Alemanha (53%), na Itália (9%), na Suécia e na Áustria (7% cada). Estes quatro países representaram 76% de todos os casos pendentes na União Europeia.

Para além das estatísticas, e para além das medidas administrativas adotadas pela União Europeia, duas decisões foram importantes para o desenvolvimento da política de asilo, pois estabeleceram medidas provisórias no domínio da proteção internacional em favor da Itália e da Grécia. Tais medidas correspondem à Decisão (UE) 2015/1601 e à Decisão (UE) 2015/1523. Da mesma forma, é relevante a apresentação de alguns casos concretos sobre o tema. Toda esta jurisprudência será apresentada e analisada na próxima seção deste trabalho.

²¹⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Estatísticas sobre o asilo...*, cit.

6 DECISÕES DO CONSELHO E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE ASILO E SOBRE REFUGIADOS

Até o momento foram apresentados aspectos jurídicos a respeito da proteção nacional, regional e principalmente internacional da proteção dos direitos do homem no que diz respeito aos refugiados. Também foi apresentada a situação real do fluxo de refugiados, especificamente em direção à Europa, ao mesmo tempo em que foi aprofundada a explicação acerca dos dispositivos jurídicos europeus que buscam solucionar tal situação. Nesta seção do trabalho serão apresentadas e analisadas decisões jurisprudenciais sobre o tema.

Especificamente serão apresentadas a Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, referente a medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional; a Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia; e em seguida serão analisados dois acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, os processos C-643/15 (ao qual foi apensado o processo C-647/15) e o processo C-578/16 PPU.

Ao final desta seção será também analisada a *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*, de 27 de maio de 2015, que corresponde ao “Plano de Ação da UE contra o tráfico de migrantes (2015 – 2020)”, além de se apresentar brevemente a *Contribuição da Comissão para o debate temático dos dirigentes da União Europeia sobre o caminho a seguir no que respeita à dimensão interna e externa da política de migração*, de 7 de dezembro de 2017. A proposta é verificar se as decisões e acórdãos apresentados vão ao encontro desta política adotada pela União Europeia.

6.1 A DECISÃO (UE) 2015/1523 DO CONSELHO

No dia 14 de setembro de 2015 o Conselho da União Europeia adotou a *Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho*, que “estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional”²¹⁸. Apesar de tal Decisão já não estar em vigor²¹⁹, é

²¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, que estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 239, de 15/09/2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1523>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

²¹⁹ Conforme o número 2 do artigo 13.º da própria Decisão, esta “é aplicável até 17 de setembro de 2017”.

interessante analisá-la sob a perspectiva da aplicação do previsto no número 3 do artigo 78.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Alguns dos *Considerandos* da Decisão (UE) 2015/1523 são relevantes e merecem ser considerados. Em primeiro lugar, o Conselho reconhece, já no número 1²²⁰, a importância do número 3 do artigo 78.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, o qual garante que “no caso de um ou mais Estados-Membros serem confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas provisórias a favor desse ou desses Estados-Membros”²²¹. Ora, a situação vivida em 2014 e em 2015, conforme mostrado na seção anterior, era sem dúvida uma situação de emergência, podendo ser claramente interpretada com base neste dispositivo do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Em seguida, no número 2, o Conselho também traz a legitimidade presente no artigo 80.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, respeitante ao princípio da solidariedade e à partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-membros da União, *inclusive no campo financeiro*, no que diz respeito a temas relacionados às políticas de controle de fronteiras, ao asilo e aos refugiados. Além disso, o artigo 80.º indica que “os atos da União adotados por força do presente capítulo conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio”²²².

É nesta perspectiva que o número 3 reconhece a existência de uma situação de “crise no Mediterrâneo” naquele momento, o que levou à necessidade de aplicação do princípio da solidariedade presente no artigo 80.º acima indicado. O Conselho decidiu por “reforçar a solidariedade e a responsabilidade interna e comprometeu-se, em especial, a aumentar a ajuda de emergência a favor dos Estados-Membros mais diretamente afetados”, além de “analisar opções visando a organização da recolocação de emergência entre os Estados-Membros numa base voluntária”²²³.

Foram identificados três pontos principais de ação: a recolocação/reinstalação, o regresso/readmissão/reintegração e a cooperação com os países de origem e de trânsito dos refugiados. Houve a indicação de “recolocação temporária e excecional, durante dois anos, de 40 000 pessoas com clara necessidade de proteção internacional a partir da Itália e da Grécia para outros Estados-Membros”. Ainda que o Conselho assuma que outros países da União

²²⁰ Os *Considerandos* serão indicados apenas pelo seu número, evitando-se a repetição da palavra *Considerando*.

²²¹ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 77.

²²² UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 78.

²²³ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

Europeia também tenham recebido refugiados, reconhece que “a Itália e a Grécia, em especial, registaram um afluxo sem precedentes de migrantes, incluindo requerentes de proteção internacional que dela manifestamente necessitam, e que chegam aos seus territórios gerando uma pressão significativa sobre os respectivos sistemas de migração e de asilo”²²⁴.

São apresentados números que mostram a real situação de emergência que ocorria então tanto na Itália quanto na Grécia. É com base em tais números que afirma-se que estes dois Estados não conseguiriam atender sozinhos a todos os refugiados, resultando em que “uma parte significativa dos migrantes a necessitem provavelmente de proteção internacional”²²⁵. Consequentemente, justifica-se o auxílio temporário e excepcional a estes dois Estados.

Contudo, Itália e Grécia têm também deveres para com os demais Estados-membros da União Europeia, inclusive na questão de asilo e de refugiados. A Decisão deixa isto claro ao informar que “a Itália e a Grécia deverão apresentar soluções estruturais para resolver as pressões excepcionais sobre os respectivos sistemas de asilo e migração”. Além disso, é dada à Comissão “o poder de suspender, se adequado [...], a aplicação da presente decisão por um período de tempo limitado se a Itália ou a Grécia não respeitarem os seus compromissos nesta matéria”²²⁶.

Há também a indicação clara, no número 16, de que se uma situação de emergência se apresentar a qualquer outro país da União Europeia, medidas similares serão tomadas a favor deste outro Estado-membro, tanto no que diz respeito aos direitos quanto aos deveres do mesmo para com os demais, tendo-se por base o princípio da solidariedade.

O número final de pessoas indicado para recolocação em outros Estados-membros da União Europeia foi estabelecido em 40.000 pessoas, sendo 24.000 oriundas da Itália e 16.000 originárias da Grécia. Estipulou-se, no número 24, que “os Estados-Membros que recolocam requerentes com manifesta necessidade de proteção internacional a partir de Itália ou da Grécia ao abrigo da presente decisão recebam um montante fixo por cada pessoa recolocada [...] de 6.000 EUR”²²⁷.

É importante destacar que o número 24 indica que “o montante fixo deverá ser pago relativamente a *requerentes recolocados* e não a beneficiários de proteção internacional”²²⁸. Ou seja, isto deixa claro que a preocupação era, em um primeiro momento, a de transferir pessoas da Itália e da Grécia em direção a outros Estados-membros da União, já que os sistemas de asilo

²²⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

²²⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

²²⁶ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

²²⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

²²⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit., grifo nosso.

destes dois países não estavam suportando o enorme número de pessoas que aportavam em seu território. A verificação da necessidade de uma efetiva proteção internacional, subentende-se, ficou para um segundo momento²²⁹.

Um aspecto que foi debatido anteriormente neste texto e que é extremamente relevante aparece no número 26: é a busca de um equilíbrio entre, por um lado, a garantia dos direitos fundamentais dos refugiados, e por outro da segurança nacional e da ordem pública do Estado. Neste sentido indica-se que

No pleno respeito dos direitos fundamentais do requerente, incluindo as regras aplicáveis em matéria de proteção de dados, sempre que um Estado-Membro tenha motivos razoáveis para considerar que o requerente representa um perigo para a sua segurança nacional ou para a ordem pública, deverá informar do facto os demais Estados-Membros²³⁰.

Ou seja, a Decisão deixa clara a necessidade de se realizar uma ponderação entre os interesses pessoais dos recolocados, interesses estes representados pela defesa de seus direitos fundamentais, e os interesses do Estado acolhedor daquela pessoa, especialmente a questão fundamental da segurança nacional.

Nesta toada há a preocupação com o que é chamado de “deslocações posteriores irregulares”. Tal expressão refere-se à possibilidade de um requerente de recolocação deslocar-se novamente, mas de maneira irregular, após ter sido transferido dos dois Estados aqui indicados. Em termos práticos, e apenas a título exemplificativo, significa dizer que dever-se-ia evitar que um refugiado transferido da Itália para Portugal saísse deste último em direção à Alemanha, por acreditar que neste país pudesse ter mais oportunidades do que no país ibérico²³¹.

²²⁹ O que obviamente não invalida de maneira alguma a própria Decisão nem os resultados esperados de sua aplicação.

²³⁰ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

²³¹ Tal preocupação está explícita nos *Considerandos* número 32 e 33 da Decisão em comento. Por sua vez, eventuais medidas punitivas referentes a tais “deslocações secundárias” estão presentes explicitamente no *Considerando* número 34: “A fim de evitar deslocações secundárias dos beneficiários de proteção internacional, os Estados-Membros deverão igualmente informá-los sobre as condições em que podem entrar e permanecer legalmente noutro Estado-Membro, podendo impor obrigações de comunicação de informações. Nos termos da Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, os Estados-Membros deverão exigir que um beneficiário de proteção internacional que esteja em situação irregular no seu território *regresse imediatamente ao Estado-Membro de recolocação. Caso a pessoa se recuse a regressar voluntariamente, deverá ser imposto o regresso ao Estado-Membro de recolocação.* Além disso, se a legislação nacional o prever, em caso de regresso forçado ao Estado-Membro de recolocação, *o Estado-Membro que impõe o regresso poderá decidir decretar uma proibição nacional de entrada que impedirá o beneficiário de voltar a entrar no território desse Estado-Membro durante um determinado período de tempo*”. UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit., grifo nosso.

Após tais *Considerandos*, o texto da Decisão traz exatamente estas ideias apresentadas em 13 artigos. É interessante chamar a atenção para os prazos estabelecidos na Decisão e apresentados no número 10 do artigo 5.º:

O procedimento de recolocação previsto no presente artigo é concluído o mais rapidamente possível e, o mais tardar, dois meses a contar da data da indicação dada pelo Estado-Membro de recolocação, como referido no n.º 2, exceto se a aprovação pelo Estado-Membro de recolocação a que se refere o n.º 4 ocorrer menos de duas semanas antes do termo desse prazo de dois meses. Nesse caso, o prazo para a conclusão do processo de recolocação pode ser prorrogado por um período não superior a duas semanas. Além disso, esse prazo pode também ser prorrogado por mais quatro semanas, consoante adequado, se a Itália ou a Grécia apresentarem uma justificação da existência de obstáculos práticos objetivos que impeçam a transferência.

Sempre que o procedimento de recolocação não tiver sido concluído dentro desses prazos, e a menos que a Itália e a Grécia acordem com o Estado-Membro da recolocação uma prorrogação razoável do prazo, a Itália e a Grécia continuam a ser responsáveis pela análise do pedido de proteção internacional nos termos do Regulamento (UE) n.º 604/2013²³².

Percebe-se pelo disposto a preocupação da União Europeia em resolver o mais rapidamente possível a situação dos refugiados. Pode-se entender tal preocupação com base na perspectiva de defesa e garantia dos direitos fundamentais destas pessoas, já que não é suposto que aqueles que chegaram ao território da União permaneçam por muito mais tempo do que isto esperando por decisões que tragam consequências para sua vida e para a vida de seus familiares.

6.2 A DECISÃO (UE) 2015/1601 DO CONSELHO

Praticamente 10 dias após o Conselho adotar a Decisão (UE) 2015/1523, veio tal instituição a adotar a *Decisão (UE) 2015/1601* que, assim como a anterior, “estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia”²³³. Da mesma forma que a Decisão (UE) 2015/1523, a Decisão (UE) 2015/1601 não está mais em vigor, tendo sua aplicação terminado em 26 de setembro de 2017²³⁴.

Em sua estrutura básica, bem como no que diz respeito aos seus objetivos, a Decisão (UE) 2015/1601 é praticamente idêntica à Decisão (UE) 2015/1523. Uma análise textual dos dois dispositivos mostra a manutenção de praticamente todo o texto da primeira na segunda. Surgem, entretanto, algumas diferenças, as quais serão a seguir apresentadas.

²³² UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1523...*, cit.

²³³ UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 228, de 24/09/2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1528276249008&uri=CELEX:32015D1601>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

²³⁴ Conforme previsto no número 2 de seu artigo 13.º. UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

Em primeiro lugar, a Decisão (UE) 2015/1601 traz uma preocupação clara com a migração irregular, tema que não tinha sido abordada na primeira decisão. Assim, o *Considerando* número 6 dá atenção ao que inicialmente chama de “fluxos migratórios mistos nas fronteiras externas da União Europeia”, fluxos estes que merecem esforços intensificados com o objetivo de “salvaguardar os direitos das pessoas com necessidade de proteção internacional e prevenir a migração irregular”²³⁵.

Outro ponto importante que é destacado por esta decisão diz respeito às datas em que as reuniões do Conselho ocorreram, de maneira a justificar a adoção de duas decisões praticamente iguais em período reduzido de tempo. O que se argumenta, conforme explicitado no *Considerando* número 11, é que a Decisão (UE) 2015/1523 corresponde ao resultado de uma reunião realizada no dia 20 de julho de 2015, quando então ficou definida a recolocação de 40.000 refugiados, como indicado anteriormente. Entretanto, ocorreu a 14 de setembro de 2015 nova reunião do Conselho, quando percebeu-se, conforme indica o *Considerando* número 12, que

nos últimos meses, a pressão migratória nas fronteiras terrestres e marítimas externas meridionais voltou a aumentar drasticamente, tendo prosseguido a transferência dos fluxos migratórios da rota do Mediterrâneo Central para a rota do Mediterrâneo Oriental e dos Balcãs Ocidentais, em resultado do crescente número de migrantes que chegam à Grécia e partem desse país²³⁶.

Daí, portanto, e “atendendo a esta situação, deverão ser adotadas novas medidas provisórias para aliviar a pressão exercida sobre a Itália e a Grécia em matéria de asilo”, as quais passam a ser elencadas nesta nova Decisão (UE) 2015/1601 – o que justifica a sua semelhança textual com a decisão anterior.

A Decisão (UE) 2015/1601 indicava já a necessidade que Itália e Grécia tinham de atualizar o plano estratégico definido por estes dois Estados-membros devido não apenas à continuidade do fluxo de refugiados, mas principalmente devido ao aumento de sua intensidade entre os meses acima indicados. Neste sentido indica-se a necessidade do aumento do número de recolocados a partir da Itália e da Grécia para outros Estados-membros: se na decisão anterior estipulou-se o número de 40.000 recolocados em dois anos, esta decisão indica a necessidade de recolocação de mais 54.000 pessoas já em um ano após sua adoção, a partir de setembro de 2016²³⁷. Além disso, a Decisão (UE) 2015/1601 também deixa claro que, dada a situação de emergência,

²³⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

²³⁶ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

²³⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

a Comissão deverá apresentar, se necessário, propostas de alteração da presente decisão, a fim de fazer face à evolução da situação no terreno e ao respetivo impacto no mecanismo de recolocação, assim como da pressão sobre os Estados-Membros, nomeadamente os Estados-Membros da primeira linha. Para o efeito, deverá ter em conta a opinião do provável Estado-Membro beneficiário²³⁸.

Ou seja, não apenas o Conselho adotou uma nova decisão em prazo bastante curto – quando comparada com a decisão anterior – como arrogou para si a possibilidade de alterá-la novamente, conforme resultado da análise do desenvolvimento e evolução da situação. Pode-se afirmar que aqui o Conselho deixou clara a necessidade de cumprir com sua perspectiva solidária não apenas no que diz respeito à aplicação de tal princípio aos Estados-membros da União Europeia, mas também no sentido de contribuir para a defesa e concretização dos direitos fundamentais dos refugiados.

O que se argumenta é que, ao chamar a responsabilidade para si, e ao indicar que a tomada de decisão deveria ser mais rápida do que estava sendo, o Conselho passou um sinal claro de preocupação com a situação extrema dos refugiados. Não compete aqui indicar as motivações de tais ações do Conselho – se por pressões políticas ou econômicas, por exemplo –, mas apenas indicar que o *resultado* de tais ações levaria à defesa e à garantia de direitos que os refugiados têm pela concretização dos princípios elencados por todos os documentos jurídicos já apresentados neste texto.

Isto é confirmado pelo fato de o *Considerando* número 27 obrigar, *a contrario sensu*, que os Estados-membros aceitem pelo menos 70% dos futuros recolocados a partir da Itália e da Grécia. Indica-se aqui *a contrario sensu* porque o que tal *Considerando* traz é a indicação de que os Estados-membros podem recusar “no máximo, 30 % dos requerentes do contingente que lhe tenha sido atribuído nos termos da presente decisão”. Mais que isso, vale destacar que o Conselho deixa claras as razões que permitiriam tal recusa a partir de um Estado-membro:

Essas circunstâncias excepcionais incluem, em particular, uma situação caracterizada por um afluxo súbito e maciço de nacionais de países terceiros, de magnitude tal que exerça uma pressão extrema, mesmo sobre um sistema de asilo bem preparado que de outra forma funcione em conformidade com o acervo da União relevante em matéria de asilo, ou por um risco de afluxo súbito e maciço de nacionais de países terceiros de tão elevada probabilidade que justifique uma ação imediata²³⁹.

²³⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

²³⁹ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

Além disso, importa ressaltar que o Conselho arrogou para si, no *Considerando* número 27, a última palavra a respeito de tais eventuais ressalvas indicadas pelos Estados-membros:

Na sequência de uma avaliação, a Comissão deverá apresentar propostas *ao Conselho* para uma decisão de execução relativa a uma suspensão temporária da recolocação de, *no máximo*, 30 % dos requerentes do contingente atribuído ao Estado-Membro em causa. *Caso tal se justifique*, a Comissão pode propor a prorrogação do prazo de recolocação do restante contingente por um período máximo de doze meses após o termo da vigência da presente decisão²⁴⁰.

Tal posição é reforçada pelo que se verifica no *Considerando* número 28:

A fim de assegurar condições uniformes para a concretização da recolocação, no caso da recolocação proporcional de 54 000 requerentes a partir da Itália e da Grécia, no caso de a participação de um ou mais Estados-Membros na recolocação de requerentes ser suspensa, ou no caso de, na sequência das devidas notificações ao Conselho, outro(s) Estado(s)-Membro(s) ou Estados associados participarem na recolocação, *deverão ser atribuídas competências de execução ao Conselho*.

A atribuição dessas competências ao Conselho justifica-se pela *natureza politicamente sensível destas medidas*, que têm a ver com as competências dos Estados-Membros relativas à admissão de nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros, e pela *necessidade de adaptação célere a situações em rápida evolução*²⁴¹.

Percebe-se que o Conselho buscou, efetivamente, uma solução para o intenso fluxo de refugiados que então existia, considerando-se não apenas os princípios jurídicos formalmente estruturantes da União, mas também os princípios de solidariedade entre os Estados-membros, por um lado, bem como a proteção internacional dos refugiados de maneira geral, por outro.

Outro aspecto relevante da Decisão (UE) 2015/1601 diz respeito ao auxílio financeiro garantido *também* à Itália e à Grécia quando da realização dos procedimentos de recolocação dos refugiados. Conforme já indicado, a Decisão (UE) 2015/1523 havia estabelecido que os Estados-membros que aceitassem os recolocados receberiam o montante de 6.000 EUR por pessoa. Por sua vez, a Decisão (UE) 2015/1601, no *Considerando* número 30, não apenas reforça tal valor, mas também define que Itália e Grécia receberiam no mínimo 500 EUR por cada pessoa que fosse recolocada em um outro Estado-membro “tendo em conta os custos reais necessários para proceder à transferência de um requerente para o Estado-Membro de recolocação”²⁴².

²⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit., grifo nosso.

²⁴¹ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit., grifo nosso.

²⁴² UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

Da mesma forma, e buscando incentivar que mais Estados-membros se voluntariassem a receber os refugiados, a Decisão (UE) 2015/1601 estabelece, no mesmo *Considerando*, que “os Estados-Membros deverão ter direito a receber um pré-financiamento suplementar, a pagar em 2016, na sequência da revisão dos respetivos programas nacionais no âmbito do Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração para a aplicação de medidas ao abrigo da presente decisão”²⁴³. Todas estas indicações feitas nos *Considerandos* são apresentadas nos 13 artigos da Decisão (UE) 2015/1601, a qual entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

O texto das duas decisões é extremamente relevante no sentido de indicar o posicionamento firme do Conselho com o objetivo de buscar soluções para a crise dos refugiados que ocorria naquele momento. Vale, contudo, verificar como foi a recepção de tais decisões por parte dos Estados-membros da União Europeia. É por tal motivo que passa-se agora à análise de três acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação ao tema.

6.3 OS PROCESSOS C-643/15 E C-647/15

Uma vez adotadas as Decisões (UE) 2015/1523 e (UE) 2015/1601 (doravante chamadas apenas de “Decisões”) surgiu a pergunta: elas efetivamente foram colocadas em prática pelos Estados-membros da União Europeia?

A resposta vem na forma dos processos C-643/15 e C-647/15 (doravante chamados apenas de “Processos”, expressão válida apenas nesta subseção), interpostos respectivamente em 2 e 3 de dezembro de 2015 pela República Eslovaca e pela Hungria, com apoio da República da Polónia, contra o Conselho da União Europeia, com o objetivo de impugnar as Decisões.

A República Eslovaca, em seu pedido, invocou seis fundamentos, todos eles relacionados à suposta violação, por parte das Decisões, de artigos do Tratado da União Europeia e do Tratado de Funcionamento da União Europeia. O primeiro fundamento vincula-se ao “princípio do equilíbrio institucional”; o segundo encontra guarida no “papel dos parlamentos nacionais na União Europeia”, na “aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” e nos “princípios da segurança jurídica, da democracia representativa e do equilíbrio institucional”; o terceiro está baseado nas “formalidades essenciais relativas ao processo legislativo” e nos “princípios da democracia representativa, do equilíbrio institucional e da boa administração (a título subsidiário)”; o quarto se apoia na violação de “formalidades

²⁴³ UNIÃO EUROPEIA, *Decisão (UE) 2015/1601...*, cit.

essenciais” e “dos princípios da democracia representativa, do equilíbrio institucional e da boa administração (a título parcialmente subsidiário)”; o quinto violaria as “condições de aplicação do artigo 78.º, n.º 3, TFUE (a título subsidiário)”; e o sexto invoca a “violação do princípio da proporcionalidade”²⁴⁴.

Por sua vez, a Hungria elencou 10 fundamentos em seu pedido. O primeiro e segundo fundamentos referem-se “à violação do artigo 78.o, n.o 3, TFUE” e ao caráter não temporário das medidas adotadas nas Decisões; os fundamentos terceiro a sexto “são relativos à violação de formalidades essenciais”, violações estas indicadas no parágrafo 41 do acórdão; o sétimo fundamento “é relativo à violação do artigo 68.o TFUE e das conclusões do Conselho Europeu de 25 e 26 de junho de 2015”; o oitavo fundamento “é relativo à violação dos princípios da segurança jurídica e da clareza normativa”; o nono fundamento “é relativo à violação dos princípios da necessidade e da proporcionalidade”; e o décimo fundamento, “apresentado a título subsidiário, é relativo à violação do princípio da proporcionalidade e do artigo 78.o, n.o 3, TFUE no que se refere à Hungria”²⁴⁵.

O Tribunal de Justiça da União Europeia analisou em conjunto, no seu acórdão, todos os fundamentos elencados nos dois processos. Em síntese, apresentam-se abaixo o resultado das apreciações feitas pelo Tribunal de Justiça em relação a cada um dos fundamentos apresentados pela República Eslovaca e pela Hungria²⁴⁶:

84. Portanto, o segundo fundamento da República Eslovaca e o primeiro fundamento da Hungria devem ser julgados improcedentes por infundados.

103. À luz das considerações precedentes, a primeira parte do quinto fundamento da República Eslovaca e o segundo fundamento da Hungria devem ser considerados improcedentes por infundados.

135. Portanto, a segunda parte do quinto fundamento da República Eslovaca deve ser julgada improcedente.

150. Por conseguinte, o primeiro fundamento da República Eslovaca e o sétimo fundamento da Hungria devem ser julgados improcedentes por infundados.

170. À luz da exposição precedente, a terceira parte do terceiro fundamento e a primeira parte do quarto fundamento da República Eslovaca, bem como o quinto fundamento da Hungria, devem ser julgados improcedentes por infundados.

189. À luz do exposto, há que afastar a segunda parte do quarto fundamento da República Eslovaca e o terceiro fundamento da Hungria por serem infundados.

²⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 6 de setembro de 2017. *Processos apensos C-643/15 e C-647/15*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194081&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=357990>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

²⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Processos apensos C-643/15 e C-647/15*..., cit.

²⁴⁶ Os números apresentados antes de cada apreciação correspondem ao respectivo parágrafo no acórdão.

194. Daí resulta que a primeira e a segunda partes do terceiro fundamento da República Eslovaca e o quarto fundamento da Hungria devem ser julgados improcedentes por infundados.

205. À luz das considerações precedentes, há que julgar improcedentes o fundamento suscitado pela República Eslovaca, bem como o sexto fundamento da Hungria, relativos à violação do regime linguístico da União, por infundados.

224. À luz das considerações precedentes, há que afastar o sexto fundamento da República Eslovaca, relativo à inadequação da decisão impugnada para atingir o objetivo que prossegue, por infundado.

261. Por conseguinte, os argumentos suscitados pela República Eslovaca que visam contestar a necessidade da decisão impugnada devem ser julgados improcedentes por infundados. Por conseguinte, o sexto fundamento apresentado pela República Eslovaca deve ser julgado improcedente na íntegra.

278. Por conseguinte, o nono fundamento da Hungria deve ser julgado improcedente por infundado.

310. À luz das considerações precedentes, o décimo fundamento da Hungria deve ser julgado improcedente por infundado.

345. Não podendo ser acolhido nenhum dos fundamentos suscitados pela República Eslovaca e pela Hungria, há que julgar os recursos improcedentes²⁴⁷.

A decisão final, portanto, levou a que: 1) É negado provimento aos recursos. 2) A República Eslovaca e a Hungria são condenadas a suportar, além das suas próprias despesas, as despesas efetuadas pelo Conselho da União Europeia. 3) O Reino da Bélgica, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, a República Francesa, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Polónia, o Reino da Suécia e a Comissão Europeia suportam as suas próprias despesas²⁴⁸.

Ainda no que diz respeito a tais Processos, e para além da decisão em si do Tribunal de Justiça da União Europeia, é importante ressaltar alguns aspectos relevantes indicados pelo Advogado-Geral Yves Bot em suas *Conclusões*. Tais destacas merecem consideração porque o acórdão em si fundamentou-se majoritariamente nestas *Conclusões*, como é possível perceber em inúmeros momentos do texto.

Em primeiro lugar, o Advogado-Geral indicou que as propostas de Decisões foram adotadas pelo Conselho “por maioria qualificada. A República Checa, a Hungria, a Roménia e a República Eslovaca votaram contra a adoção dessa proposta. A República da Finlândia absteve-se”. Destaca ainda que as Decisões, sem dúvida, constituem “uma expressão da solidariedade entre os Estados-Membros prevista no Tratado [de Funcionamento da União

²⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Processos apensos C-643/15 e C-647/15...*, cit.

²⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Processos apensos C-643/15 e C-647/15...*, cit.

Europeia]”²⁴⁹. Mais que isso, o Advogado-Geral chama a atenção para um *valor jurídico essencial* ao próprio funcionamento da União:

Os presentes recursos dão-nos a oportunidade de recordar que a solidariedade figura entre os valores cruciais da União e encontra-se mesmo nos fundamentos desta. Como seria possível aprofundar a solidariedade entre os povos da Europa e conceber uma união cada vez mais estreita entre esses povos, como preconiza o preâmbulo do Tratado UE, sem que exista solidariedade entre os Estados-Membros quando um deles seja confrontado com uma situação de emergência? Encontramo-nos aqui perante a quintessência do que constitui simultaneamente a razão de ser e o objetivo do projeto europeu²⁵⁰.

Outro aspecto relevante destacado pelo Advogado-Geral, ainda no âmbito da solidariedade, diz respeito ao reconhecimento das desigualdades existentes entre os Estados-membros, por um lado, e a necessidade de mitigação de tais desigualdades *justamente pela aplicação prática da solidariedade*, por outro. Nesta perspectiva seriam justamente ações como as previstas nas Decisões que “permitem conferir um conteúdo concreto ao princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros estabelecido no artigo 80.º TFUE”²⁵¹.

Ainda em tom de crítica em relação aos recorrentes, o Advogado-Geral argumenta que a oposição de determinados Estados-membros às Decisões se fundamenta no fato de que estas transformam a solidariedade em elemento vinculativo, de cumprimento obrigatório – o que contra a visão que tais Estados-membros têm de compreender a solidariedade como algo vago e voluntário, portanto, impossível de ser exigido juridicamente²⁵².

É nesta perspectiva que os Processos precisam ser verificados. Há assim dois pontos que podem ser mais bem analisados: 1) A busca por soluções por parte do Conselho, englobando a solidariedade entre os Estados-membros e, também, a garantia dos direitos fundamentais dos refugiados; 2) A tentativa, por parte de alguns Estados-membros da União

²⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 26 de julho de 2017. *Processos C-643/15 e C-647/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=193374&occ=first&dir=&cid=357990>. Acesso em: 4 jun. 2018.

²⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA, Conclusões..., *Processos C-643/15 e C-647/15*..., cit.

²⁵¹ UNIÃO EUROPEIA, Conclusões..., *Processos C-643/15 e C-647/15*..., cit.

²⁵² “A singularidade da decisão impugnada está no facto de esta instituir um mecanismo de recolocação com base em contingentes afetados aos Estados-Membros, que revestem uma natureza obrigatória. Com esta decisão, a solidariedade entre os Estados-Membros tem um conteúdo concreto e uma natureza vinculativa. Esta característica essencial e inovadora da referida decisão explica a natureza politicamente sensível dos presentes processos, uma vez que cristalizou a oposição por parte de Estados-Membros partidários de uma solidariedade livremente consentida e fundada apenas em compromissos voluntários”. UNIÃO EUROPEIA, Conclusões..., *Processos C-643/15 e C-647/15*..., cit. É interessante notar o posicionamento político explicitamente assumido pelo Advogado-Geral em suas conclusões, indo além desta crítica: ele indica que a crise de solidariedade, na verdade, pode levar a que se considere a existência de uma crise do projeto de integração europeia – a qual não seria concretizada exatamente por não haver solidariedade entre os povos da Europa.

Europeia, de se isentarem em relação às suas obrigações para com a coletividade da qual fazem parte – o que pode trazer problemas na proteção dos direitos fundamentais.

Em relação ao primeiro ponto, vale destacar, como já indicado, a visão propositiva e urgente estabelecida pelo Conselho com as Decisões. O conteúdo destas destaca a preocupação de solucionar, com relativa rapidez, a situação dos refugiados em território europeu ao mesmo tempo em que garantia seus direitos fundamentais.

Mais que isto, entretanto, destaque pode ser dado ao fato de que o Conselho pareceu estar genuinamente preocupado com as condições de vida daqueles que chegavam à Europa. Como foi dito algures, não é este o espaço para especulações acerca das motivações subjacentes às Decisões do Conselho. Ao mesmo tempo, porém, é inegável que a União Europeia, apresentando-se como um espaço geográfico que coloca a dignidade humana em primeiro lugar, precisava “fazer alguma coisa” para solucionar aquela situação.

É neste contexto, portanto, que as Decisões foram adotadas. Para além, é claro, da preocupação com os refugiados, salta aos olhos a aplicação do previsto no número 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia, *ipsis verbis*: “A União [...] promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança”²⁵³; ou do previsto no artigo 80.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, quando diz que “as políticas da União referidas no presente capítulo e a sua execução são regidas pelo *princípio da solidariedade* e da *partilha equitativa* de responsabilidades entre os Estados-Membros [...]”²⁵⁴; ou ainda da previsão referida no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em que a solidariedade é apresentada como um dos valores indivisíveis e universais nos quais a União se baseia²⁵⁵. Ou seja, verificam-se proposições claras concernentes a ações práticas com vistas, em última instância, à garantia dos direitos dos refugiados por parte do Conselho.

Porém, há sempre “o outro lado da moeda”. A República Eslovaca e a Hungria, com o apoio da República da Polónia, buscaram repudiar as ações do Conselho fundamentando-se em supostas violações a outros princípios presentes nos documentos jurídicos europeus. Mais que isto, entretanto, saltam aos olhos os problemas causado por tais questionamentos: em primeiro lugar, o de enfraquecimento da própria ideia de solidariedade, o que se apresenta como contraditório para um Estado que aceita fazer parte do concerto europeu²⁵⁶; e em segundo lugar

²⁵³ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 17.

²⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 78, grifo nosso.

²⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 393.

²⁵⁶ Por outras palavras, o que aqui se argumenta é que alguém pode interpretar a resistência eslovaca, húngara e polonesa como sendo uma tentativa de obter os “bônus” por fazerem parte da União Europeia sem, contudo,

os problemas causados aos próprios refugiados, especialmente em situações político-sociais que se configuram como *antirrefugiados* e que estão presentes nos três Estados aqui indicados²⁵⁷.

Nesta visão crítica que aqui se apresenta importa destacar o papel fundamental do Tribunal de Justiça da União Europeia em rechaçar *todos* os fundamentos dos recorrentes. Tal posicionamento afigura-se como fundamental para que a União Europeia consiga, efetivamente, concretizar a devida proteção dos refugiados *ao mesmo tempo* em que dá importância – e garante a efetivação – à segurança nacional e à ordem pública dentro do território europeu.

6.4 O PROCESSO C-578/16 PPU

Em 28 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal da Eslovênia, com base no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia²⁵⁸, enviou ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de questão prejudicial sobre

a interpretação do artigo 3.º, n.º 2, e do artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida [...] (a seguir «Regulamento Dublin III»), do artigo 267.º TFUE e do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe C. K., H. F. e o filho destes, A. S., à Republika Slovenija (República da Eslovênia), representada pelo seu Ministério da Administração Interna, a propósito da transferência dessas pessoas para

contribuir com os “ônus” que tal pertença necessariamente exige. Não se está aqui a falar em uma mera *relação de troca*, mas sim efetivamente em uma situação em que a construção do projeto europeu implica em eventuais *sacrifícios* por parte de todos para a própria consecução de tal projeto.

²⁵⁷ O leitor poderia aqui questionar se isto não seria uma especulação acerca de fundamentos extrajurídicos que influenciariam a tomada de decisão – e, se assim o fosse, poderia também questionar se o texto não estaria sendo imparcial, já que antes afirmou-se que não seriam feitas especulações sobre as razões político-econômicas que levaram à adoção das referidas Decisões pelo Conselho. Entretanto, vale destacar que aqui não há nenhuma especulação: o que existem são fatos, comprovados por inúmeros relatos, de que há pouco apoio político ao recebimento de refugiados por parte dos países do Leste Europeu de maneira geral, especialmente pelos três Estados aqui nominalmente citados.

²⁵⁸ “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontra detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”. UNIÃO EUROPEIA, *Comunicações e Informações...*, cit., p. 164.

a Croácia, designada como sendo o Estado-Membro responsável pela análise do seu pedido de proteção internacional em conformidade com as disposições do Regulamento Dublin III²⁵⁹.

A situação diz respeito a um casal (ele nacional da República Árabe Síria e ela nacional da República Árabe do Egito) que entraram em território da União Europeia de maneira legal, com base em visto emitido pela República da Croácia. Após breve período neste Estado-membro, o casal atravessou a fronteira eslovena com documentos falsos, supostamente gregos. Foram ambos em seguida admitidos em um centro de acolhimento para requerentes de asilo de Ljubljana (Eslovênia), apresentando os dois pedido de asilo. Indica-se ainda que ela estava grávida no momento em que entrou em território esloveno²⁶⁰.

A República da Eslovênia, com base no número 2 do artigo 12.º do Regulamento Dublin III, solicitou à República da Croácia que assumisse a responsabilidade pelo pedido de asilo do casal, tendo este último Estado-membro reconhecido sua responsabilidade. Entretanto, os procedimentos práticos só ocorreram após o nascimento da criança, dado o estado avançado da gravidez. O casal pediu também proteção internacional ao seu filho. Destaca-se que os fatos narrados até o momento ocorreram todos no ano de 2015²⁶¹.

Em janeiro de 2016 o Ministério da Administração Interna da República da Eslovênia negou os pedidos de asilo, determinando a transferência do casal e da criança para a Croácia. Porém, em março deste mesmo ano o Tribunal Administrativo esloveno anulou tal decisão, solicitando às autoridades que obtivessem a garantia, por parte da República da Croácia, de que a família teria o devido acesso aos cuidados médicos quando de sua chegada a tal Estado-membro²⁶².

A República da Eslovênia fez tal pedido, no que foi respondida pela República da Croácia de maneira afirmativa. Em consequência, mais uma vez o Ministério da Administração Interna esloveno negou o pedido de asilo da família e determinou sua transferência para a Croácia. A família recorreu da decisão para o Tribunal Administrativo, solicitando inclusive a suspensão provisória da execução da decisão até que não houvesse mais possibilidade de recurso quanto ao mérito da questão²⁶³.

²⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), 16 de fevereiro de 2017. *Processo C-578/16 PPU*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187916&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=357983>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

²⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU*..., cit.

²⁶¹ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU*..., cit.

²⁶² UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU*..., cit.

²⁶³ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU*..., cit.

A família argumentou que a sua transferência para a República da Croácia poderia trazer consequências negativas para a saúde da mulher e do filho devido à gravidez de risco, bem como devido a problemas de ordem psiquiátrica surgidos após o parto – tendo, inclusive, sido diagnosticada depressão pós-parto e tendências suicidas por parte da mulher. Tais problemas, conforme diversos pareceres médicos, teriam sido ocasionados pela incerteza em relação ao seu estatuto e ao estresse daí originado. Ainda, indicou-se a possibilidade de surgimento de comportamento agressivo dela contra si própria e contra os demais ao seu redor, o que exigia cuidados hospitalares. Consequentemente, precisariam permanecer em Ljubljana para concretizar o tratamento²⁶⁴.

O Tribunal Administrativo, novamente, anulou a decisão de transferência, suspendendo-a até a adoção de uma decisão definitiva. Por sua vez, o Ministério da Administração Interna interpôs recurso ao Supremo Tribunal da República da Eslovênia, que reformou a decisão e confirmou a transferência para a República da Croácia. Argumentou o Supremo Tribunal que, conforme relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, as condições médico-hospitalares na República da Croácia seriam suficientes para prestar os devidos cuidados que a família exigia²⁶⁵.

Apesar de ter transitado em julgado, a família interpôs recurso no Tribunal Constitucional da Eslovênia. Este confirmou a inexistência de falhas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes por parte da República da Croácia. Por outro lado, também aceitou o fato de que estes não seriam os únicos possíveis impedimentos à eventual transferência de pessoas de um Estado-membro a outro. Considerando as exigências decorrentes do artigo 33.º, n.º 1, da Convenção de Genebra, do artigo 3.º da CEDH e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa a tais exigências, o Tribunal Constitucional decidiu que tais exigências são mais amplas do que a mera análise de eventuais falhas sistêmicas no procedimento de asilo²⁶⁶.

Significa isto dizer, por outras palavras, que tanto as autoridades competentes quanto o juiz devem examinar todas as “circunstâncias importantes para o respeito do princípio de não repulsão, incluindo o estado de saúde do interessado”, quando este considerar que o Estado-membro responsável por seu pedido não é, em sua opinião, um Estado seguro²⁶⁷.

²⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

²⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

²⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

²⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

Ora, uma vez que a família alegou que novo deslocamento poderia pôr em causa a saúde da mulher e do filho, e isto fundamentando-se em vários pareceres médicos comprovativos de tal situação, o Tribunal Constitucional decidiu que o Supremo Tribunal não poderia apenas considerar o estado de saúde naquele momento para fundamentar sua situação, mas sim ter também verificado se a própria transferência seria compatível com a legislação respectiva. Como o Supremo Tribunal não levou tais aspectos em consideração, teria o mesmo, na visão do Tribunal Constitucional, violado o direito de “proteção igual perante a lei” que a Constituição da República da Eslovênia confere a todos, inclusive, neste caso, à família. Ao anular o acórdão anterior, determinou ainda o Tribunal Constitucional que o processo fosse novamente julgado com base nas considerações que este Tribunal havia feito²⁶⁸. O Supremo Tribunal esloveno, por sua vez, decidiu se utilizar do mecanismo de questão prejudicial e enviou ao Tribunal de Justiça da União Europeia os seguintes questionamentos:

A interpretação das normas relativas à aplicação da cláusula discricionária prevista no artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento Dublin III compete em última instância, tendo em conta a natureza desta disposição, ao órgão jurisdicional do Estado-Membro e essas normas liberam o órgão jurisdicional de cujas decisões não cabe recurso da obrigação de submeter o processo ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, [TFUE]?

A título subsidiário, em caso [de] resposta negativa à primeira questão:

2) A apreciação das circunstâncias nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III (num caso como o que é objeto do reenvio) é suficiente para satisfazer os requisitos do artigo 4.º e do artigo 19.º, n.º 2, da [Carta], conjugados com o artigo 3.º da [CEDH] e com o artigo 33.º da Convenção de Genebra?

Em relação com esta questão:

3) Decorre da interpretação do artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento Dublin III que a aplicação da cláusula discricionária pelo Estado-Membro é obrigatória para assegurar uma proteção efetiva contra uma violação dos direitos previstos no artigo 4.º da [Carta] em casos como o que é objeto do presente reenvio, e que tal aplicação obsta à transferência do requerente de proteção internacional para o Estado-Membro competente que reconheceu a sua competência em conformidade com este regulamento?

Em caso de resposta afirmativa à terceira questão:

4) Pode a cláusula discricionária prevista no artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento Dublin III constituir uma base que permita a um requerente de proteção internacional ou a outra pessoa num processo de transferência nos termos desse regulamento invocar a sua aplicação, que as autoridades administrativas competentes e os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro devem apreciar, ou estão essas autoridades administrativas e esses órgãos jurisdicionais obrigados a determinar oficiosamente as referidas circunstâncias?²⁶⁹

²⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

²⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

Para responder a tais questionamentos o Tribunal de Justiça da União Europeia recorda os documentos jurídicos que irão fundamentar sua decisão. Em âmbito internacional, destaca o número 1 do artigo 33.º da *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados* – com as alterações realizadas pelo Protocolo de 1967 –, que trata da proibição de expulsão de refugiados, e o artigo 3.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que trata da proibição da tortura. No que diz respeito ao Direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça chama a atenção para os artigos 1.º, 4.º, 19.º, 51.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como os *Considerandos* 4, 5, 9, 32 e 39 e os artigos 3.º, 12.º, 17.º, 27.º, 29.º, 31.º e 32.º do chamado Regulamento Dublin III²⁷⁰, e ainda a Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

As respostas do Tribunal de Justiça da União Europeia foram as seguintes:

O artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida, deve ser interpretado no sentido de que a questão da aplicação, por um Estado-Membro, da «cláusula discricionária» prevista nessa disposição não é regulada unicamente pelo direito nacional e pela interpretação que dela faz o Tribunal Constitucional desse Estado-Membro, mas constitui uma questão de interpretação do direito da União, na aceção do artigo 267.º TFUE.

O artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que:

- a) mesmo não havendo razões sérias para crer na existência de falhas sistémicas no Estado-Membro responsável pela análise do pedido de asilo, a transferência de um requerente de asilo no âmbito do Regulamento n.º 604/2013 só pode ser feita em condições que excluam que essa transferência implique um risco real e comprovado de o interessado sofrer tratos desumanos ou degradantes, na aceção desse artigo;
- b) em circunstâncias nas quais a transferência de um requerente de asilo, que apresenta uma doença mental ou física especialmente grave, implica um risco real e comprovado de uma deterioração significativa e irremediável do estado de saúde do interessado, essa transferência constitui um trato desumano e degradante, na aceção do referido artigo;
- c) incumbe às autoridades do Estado-Membro que deve proceder à transferência e, se for caso disso, aos seus órgãos jurisdicionais dissipar quaisquer dúvidas sérias quanto ao impacto da transferência no estado de saúde do interessado, tomando as precauções necessárias para que a sua transferência se realize em condições que permitam salvaguardar de maneira adequada e suficiente o estado de saúde dessa pessoa. No caso de, tendo em conta a especial gravidade da doença do requerente de asilo em causa, a tomada dessas precauções não ser suficiente para assegurar que a sua transferência não implicará um risco real de um agravamento significativo e irremediável do seu estado de saúde, incumbe às autoridades do

²⁷⁰ Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida. UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento (UE) n.º 604/2013...*, cit.

- Estado-Membro em causa suspender a execução da transferência do interessado, e isso enquanto o seu estado de saúde não o tornar apto a essa transferência; e,
- d) se for caso disso, se se aperceber de que o estado de saúde do requerente de asilo em causa não poderá melhorar a curto prazo, ou de que a suspensão do processo durante um longo período comporta o risco de agravar o estado do interessado, o Estado-Membro requerente pode optar por analisar ele próprio o pedido do interessado, utilizando a «cláusula discricionária» prevista no artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento n.º 604/2013.

O artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento n.º 604/2013, lido à luz do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não pode ser interpretado no sentido de obrigar, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, esse Estado-Membro a aplicar a referida cláusula²⁷¹.

A relevância do acórdão em comento é enorme no que diz respeito à definição dos meios materiais para o tratamento de refugiados em solo europeu. Percebe-se tal relevância a partir do momento em que o Tribunal de Justiça deixa explícita que a desconsideração de elementos outros que não apenas as condições formais referentes à transferência em si mesma configura “trato desumano e degradante”. Ora, significa dizer, portanto, que as autoridades responsáveis devem fundamentar suas decisões não apenas no que diz o *texto da lei*, mas também as condições materiais reais daqueles a quem tal lei se aplica bem como as consequências, ou impactos, que a aplicação “pura” da lei possa ter na realidade fática das pessoas.

Para além desta fundamentação mais geral em torno da dignidade humana – afinal, é disto que se trata o tema²⁷² – é relevante chamar a atenção também ao destaque dado pelo Tribunal de Justiça ao direito à saúde. Como foi mostrado em outra seção deste trabalho, há aqueles que defendem que o direito à saúde não se configura como direito fundamental. Esta, contudo, parece não ser a visão do Tribunal de Justiça da União Europeia, especialmente ao definir que as transferências só podem ocorrer se tal direito for devidamente resguardado pelo Estado-membro que deve proceder à transferência – seja garantindo que o estado de saúde da pessoa humana não se agrave, seja inclusive cessando a transferência caso exista o risco mínimo de surgimento de complicações durante o procedimento.

Ainda, o reforço ao entendimento de que o direito à saúde é um direito fundamental – ainda que tal ideia não seja explicitada *ipsis literis* no acórdão – vislumbra-se como presente a partir do momento em que o Tribunal de Justiça decide que compete ao Estado-membro, ele

²⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, *Processo C-578/16 PPU...*, cit.

²⁷² Este também parece ser o entendimento do Advogado-Geral Evgeni Tanchev sobre o caso, especialmente quando afirma que “não se pode excluir que ocorra uma situação em que um Estado-Membro viola um direito fundamental dos requerentes de asilo”. UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev apresentadas em 9 de fevereiro de 2017. *Processo C-578/16 PPU*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=193374&occ=first&dir=&cid=357990>. Acesso em: 4 jun. 2018.

mesmo, analisar o pedido do interessado em asilo no caso de problemas comprovados de saúde, ultrapassando assim um aspecto formal do procedimento (a transferência da pessoa para o primeiro Estado acolhedor dentro da União Europeia) em benefício de uma fundamentação material do interessado (verificação das reais condições de saúde do mesmo).

6.5 BREVE ANÁLISE DA COM(2015) 285 FINAL

Ainda no ano de 2015 a Agenda Europeia da Migração, adotada pela Comissão Europeia a 13 de maio de 2015, identificou a “luta contra o tráfico de migrantes como uma prioridade” com o objetivo de evitar a exploração de migrantes por redes criminosas. Da mesma forma, tal agenda buscou também desestimular a migração irregular. A proposta é fazer uma inversão econômica no processo, de maneira que tais operações passem a ser “de alto risco” e “pouco rentáveis”²⁷³.

É nesta perspectiva que surge o plano de ação contra o tráfico de migrantes. Tal plano apresenta-se como relevante especialmente pelo momento em que surgiu, no auge da crise dos refugiados, que foi um momento em que pessoas menos escrupulosas se aproveitaram da situação de fragilidade e de hipossuficiência dos refugiados para deles se aproveitarem economicamente. A título de exemplo,

Embora não haja dados disponíveis sobre os lucros obtidos pelas redes de passadores a nível mundial, alguns casos isolados mostram que são avultados. Num único caso – o do cargueiro Ezadeen que foi intercetado em 1 de janeiro de 2015 pela operação conjunta Triton com 360 migrantes a bordo – calcula-se que os traficantes tenham ganho 2,5 milhões de EUR²⁷⁴.

O plano engloba algumas ações para caracterizar a resposta europeia ao tráfico de migrantes. O ponto de partida é o estabelecimento de uma forte rede de cooperação no âmbito da própria União Europeia, bem como com países terceiros de origem e de trânsito, organizações internacionais e a sociedade civil. O objetivo último é a garantia dos direitos humanos destes mesmos migrantes. Destaca-se ainda a possibilidade de serem encontradas as causas da própria migração irregular, buscando sanar tais causas e evitar, desta maneira, a quase

²⁷³ COMISSÃO EUROPEIA. *COM(2015) 285 final*. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Plano de Ação da UE contra o tráfico de migrantes (2015 – 2020). Bruxelas, 27/05/2015, p. 2. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0285&from=PT>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

²⁷⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 285 final...*, cit., p. 3.

incontável perda de vidas em consequência do tráfico dos migrantes²⁷⁵. Os pontos centrais do plano contra o tráfico de migrantes são os seguintes:

1) Reforçar as respostas policiais e judiciais²⁷⁶

Busca-se aumentar a capacidade policial dos Estados-membros e das agências da União Europeia no sentido de investigar e processar as redes de tráfico. Da mesma forma, espera-se que a colaboração entre estas instituições leve à penalização e punição efetiva daqueles que realmente cometem tais crimes, evitando criminalizar quem realmente precisa de assistência humanitária.

Esta ação passa pela identificação, captura e destruição de embarcações, inclusive com a criação de uma lista de embarcações suspeitas. Serão também criados critérios de risco que possam identificar tais embarcações antes mesmo de chegarem ao território europeu. Há a indicação de que a FRONTEX será a responsável por realizar o reboque das embarcações à terra firme para sua posterior destruição.

Outro foco passa pela realização de investigações financeiras eficazes e efetivas, as quais poderão apreender e recuperar bens de origem criminosa, bem como evitar o branqueamento de capitais. Haverá maior preocupação em analisar os aspectos financeiros do crime organizado de tráfico de migrantes por meio da cooperação com bancos, serviços de transferência de crédito e emissores de cartões de crédito.

Propõe-se também a criação de agências nos Estados-membros que atuassem como um ponto de contato único, no respectivo Estado-membro, contra o tráfico de migrantes. Desta forma seria possível centralizar e organizar as informações reunidas por estas diferentes agências no espaço europeu transformando-as em insumos para as políticas futuras de combate a este crime.

2) Melhorar a recolha e a partilha de informações²⁷⁷

Conhecer o modo de operação das redes internacionais de tráfico de migrantes, bem como suas rotas e seus modelos econômicos, é elemento fundamental para combatê-las de maneira realmente eficaz. É nesta perspectiva que surge a proposta de reforçar a capacidade de

²⁷⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 285 final...*, cit., p. 3.

²⁷⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 285 final...*, cit., p. 4-5.

²⁷⁷ COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 285 final...*, cit., p. 6-7.

inteligência das agências da União Europeia com o objetivo de obter, trocar e analisar informações a respeito do tráfico de migrantes.

Além disso, propõe-se também o aumento das capacidades das delegações da União Europeia no sentido de avaliar a migração originária em países-chave para a União. Estimula-se também maior cooperação com a Interpol, especialmente nos países africanos que enviam migrantes para a Europa.

Ainda, outro aspecto destacado é a inteligência na previsão de movimentos migratórios. Desta forma seria possível trabalhar em conjunto com Estados terceiros objetivando-se prevenir a saída das pessoas de tais países. Indica-se que a concentração e a junção de informações obtidas pelas diversas agências europeias podem auxiliar nas investigações que levam ao desmonte das redes de tráfico de migrantes.

3) Reforçar a prevenção do tráfico e a assistência a migrantes vulneráveis²⁷⁸

Um outro foco do plano diz respeito à sensibilização das pessoas para os riscos do tráfico. A proposta é a de tentar conscientizar as pessoas de que aqueles que são mais vulneráveis, como as crianças, não devem embarcar em travessias potencialmente mortais. Nesta perspectiva o plano estimula a criação do que chama de “contradiscurso nos meios de comunicação social”, com o objetivo de mostrar às pessoas que a migração não é tão fácil quanto os passadores fazem parecer. A realização de campanhas de informação é primordial para o sucesso deste objetivo.

Da mesma maneira, a União Europeia se propõe a realizar mais esforços para melhorar a assistência e a proteção àqueles migrantes que são vítimas de tráfico, com ênfase em grupos vulneráveis como mulheres e crianças.

Ainda neste objetivo, é indicado o interesse em realizar não apenas campanhas, mas também parcerias com empresários cuja atividade-fim possa ter algum tipo de relação com o tráfico, como é o caso dos transportes, nomeadamente os marítimos. A proposta visa à conscientização de tais empresários no sentido de mostrar de que maneira a aceitação de determinadas propostas comerciais para a prestação de seus serviços pode trazer impacto negativo a quem os utiliza.

Indica-se também a realização de campanhas de conscientização a respeito da prerrogativa que a União Europeia tem de enviar de volta os migrantes ilegais. A perspectiva é

²⁷⁸ COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 285 final...*, cit., p. 8-10.

tentar dissuadir aqueles que, iludidos pelas promessas realizadas pelos passadores, busquem entrar em território europeu de maneira ilegal. A perspectiva é a de mostrar que a União Europeia efetivamente irá cumprir sua promessa de fazer regressar aqueles que se apresentam de maneira irregular.

4) *Aumentar a cooperação com países terceiros*²⁷⁹

A perspectiva aqui estabelecida diz respeito à necessidade de cooperar de maneira próxima com países terceiros buscando acabar com a impunidade. Além disso, tal cooperação irá buscar encontrar as causas da migração, de maneira que a União Europeia possa contribuir, de alguma forma, com o fim dessas migrações, nomeadamente as irregulares.

Tal ação implica na transferência de competências e recursos aos países terceiros, reforçando suas capacidades próprias. Tal transferência se dá tanto no que diz respeito à troca de informações e cooperação policial e penal quanto na própria transferência de ciência e tecnologia de uma região a outra.

Isto está em consonância com o que é chamado de aumento da coerência e do impacto das ações da União Europeia em países terceiros. A proposta é fazer com que redes de agentes de ligação de imigração possam contactar agentes de outros países e também de organizações internacionais para o estabelecimento de ações conjuntas em outros territórios, evitando ou ao menos diminuindo o número de migrantes e, consequentemente, do tráfico.

6.6 BREVE ANÁLISE DA COM(2017) 820 FINAL

Em fins de 2017 a Comissão Europeia divulgou a COM(2017) 820 final – “Contribuição da Comissão para o debate temático dos dirigentes da União Europeia sobre o caminho a seguir no que respeita à dimensão interna e externa da política de migração”²⁸⁰. A perspectiva da Comunicação é apresentar um relatório de atividades que foram realizadas até o momento ao mesmo tempo em que apresenta os planos futuros no âmbito da política de migração da União Europeia.

²⁷⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *COM(2015) 285 final...*, cit., p. 10-12.

²⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION. *COM(2017) 820 final*. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Commission contribution to the EU Leaders’ thematic debate on a way forward on the external and the internal dimension of migration policy. Brussels, 07/12/2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20171207_communication_on_commission_contribution_to_the_eu_leaders_thematic_debate_on_way_forward_on_external_and_internal_dimension_migration_policy_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Desta forma, se por um lado a Comunicação de 2015²⁸¹ apresentou uma proposta de ações até o ano de 2020, a Comunicação de 2017 faz uma breve análise do que foi feito até esse momento. Nesse sentido o primeiro aspecto destacado diz respeito às melhorias realizadas tanto na dimensão interna quanto externas da União Europeia.

Isto significa dizer, por um lado, que a União Europeia conseguiu realizar determinadas ações, como as ações decorrentes das decisões comentadas previamente neste texto e que dizem respeito à garantia de melhores condições de vida para os refugiados. Esta é a perspectiva interna, que implica em melhoria da coordenação das ações, tanto no que diz respeito às ações da própria União Europeia quanto às ações dos Estados-membros. Assim, apesar de alguns questionamentos em relação às Decisões 2015/1523 e 2015/1601, como foi mostrado anteriormente, a solidariedade foi efetiva no que diz respeito ao auxílio à Itália e à Grécia, que receberam apoio financeiro para melhorar a situação dos refugiados naquela as localidades²⁸².

As ações da União Europeia também se refletiram em âmbito externo, especialmente com o controle de migrações decorrente do acordo entre a União Europeia e a Turquia para controlar as migrações no mar Egeu. O resultado de tal acordo foi a diminuição significativa da pressão migratória em direção à Europa ao mesmo tempo em que permitiu à Turquia o fornecimento de melhores padrões básicos de vida, educação, em saúde para os refugiados²⁸³.

Outro aspecto importante que é destacado na Comunicação diz respeito à aplicação prática do princípio da solidariedade. Segundo o texto, a resposta da União Europeia à situação dos refugiados se fundamentou bastante nesse princípio. Nessa perspectiva, tanto do ponto de vista operacional quanto financeiro e político, a União Europeia trabalhou em proximidade com os Estados-membros, especialmente aqueles mais pressionados pelo fluxo migratório, por meio da recolocação dos refugiados a outros Estados-membros, e também por meio de suporte operacional nas fronteiras, incluindo até mesmo o fornecimento de asilo, inclusive por meio de agências europeias. A Comunicação destaca que os resultados foram melhores naquelas situações em que todos os Estados-membros aceitaram trabalhar em conjunto, não apenas contribuindo, mas também se beneficiando do resultado de tais ações²⁸⁴.

O último aspecto a ser destacado pela Comunicação diz respeito ao financiamento europeu para as questões de migração. O orçamento para o tema migração aumentou em 74,6%

²⁸¹ Acima sintetizada.

²⁸² EUROPEAN COMMISSION, *COM(2017) 820 final...*, cit., p. 2-3.

²⁸³ EUROPEAN COMMISSION, *COM(2017) 820 final...*, cit., p. 3.

²⁸⁴ EUROPEAN COMMISSION, *COM(2017) 820 final...*, cit., p. 6.

entre 2011 e 2020, e a previsão é a de que o valor gasto no tema totalize 6 bilhões de euros, que serão utilizados para ações junto aos Estados-membros. O valor será utilizado para controle de fronteiras, por um lado, e também para suporte humanitário dos refugiados e imigrantes, incluindo abrigo e tratamento de saúde, por outro²⁸⁵.

²⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION, *COM(2017) 820 final...*, cit., p. 8.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciou-se este trabalho tendo-se como objetivo central identificar a fragilidade na concretização das normas que versam sobre direitos fundamentais no âmbito dos tratados internacionais. O percurso estabelecido permitiu ao leitor identificar quais são os principais aspectos jurídicos envolvidos no tema ao mesmo tempo em que foi verificada a aplicabilidade de tais normas “na prática”.

Em breve resumo, o trabalho trouxe no Capítulo 1 a ideia de direitos fundamentais, especialmente por considerar-se que são estes que, uma vez concretizados, geram a dignidade humana. Em seguida falou-se, no Capítulo 2, a respeito do constitucionalismo multinível no espaço geográfico europeu. No Capítulo 3 foram apresentadas as principais normas de proteção de refugiados em âmbito internacional, proposta esta que se repetiu no Capítulo 4 – mas aqui delimitada à proteção na União Europeia. O Capítulo 5 mostrou a realidade da crise de refugiados no espaço geográfico europeu, enquanto o Capítulo 6 trouxe algumas decisões jurisprudenciais a respeito do tema.

Após a finalização de tal percurso, quais são as conclusões obtidas?

1. A primeira conclusão a que se chega diz respeito à importância dos direitos fundamentais como mecanismos de garantia da dignidade humana. Apesar de estarmos em pleno século XXI, é inegável que o discurso que valoriza e defende os direitos fundamentais precisa não apenas continuar a existir, mas ser reforçado. Isto é necessário devido às inúmeras investidas contra os direitos fundamentais vistas cotidianamente.

Não se pode pressupor a existência de um verdadeiro Estado de direito democrático sem a presença de tais direitos fundamentais. Neste sentido compete às autoridades instituídas a promoção de ações que visem à conscientização das pessoas acerca da importância de conhecerem seus direitos e de buscarem a tutela dos mesmos junto àqueles que são responsáveis.

Da mesma forma, é importante destacar que a dignidade humana não engloba apenas direitos, mas também deveres – inclusive deveres fundamentais. Apesar de a estrutura atual do Estado de direito dar muito mais ênfase aos direitos das pessoas, vale destacar que estas têm também deveres – não apenas para com o Estado, mas para com a sociedade e inclusive para consigo mesmas. Nesta perspectiva a promoção de uma conscientização que vincule direitos e deveres ao mesmo tempo é fundamental para a verdadeira cidadania florescer.

E logicamente que isto se aplica não apenas aos nacionais de determinado Estado, mas também aos refugiados. Como se mostrou antes, estes não têm apenas direitos ao serem acolhidos por determinado Estado: têm também deveres para com aquele Estado e para com aquela sociedade que os recebe. É claro que é necessária a devida ponderação entre direitos e deveres especialmente considerando-se a hipossuficiência clara dos refugiados ao chegarem a um “novo mundo”; isto, contudo, não impede a exigência do cumprimento de deveres por parte destas pessoas, especialmente após estarem devidamente instalados em sua nova vida.

2. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que a estrutura da União Europeia é capaz, juridicamente, de garantir os direitos fundamentais das pessoas que se encontram em seu território. Por um lado, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia elenca os direitos que se afiguram como primordiais na garantia da dignidade humana, especialmente considerando-se as balizas estabelecidas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por outro, o mecanismo de tutela dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia parece funcionar, ainda que eventualmente existam falhas em sua aplicação.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, nunca é demais ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi criada em um contexto em que as marcas de tragédias causadas pelo ser humano ainda eram muito visíveis. As feridas decorrentes da Segunda Guerra Mundial ainda não estavam curadas, e a ONU teve um papel fundamental ao promover esta Declaração. Importa destacar, nesta perspectiva, que este documento transformou-se em um marco na defesa dos direitos humanos, um símbolo daquilo que o ser humano poderia ser e atingir.

E é justamente este documento que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vai utilizar como fonte. Curiosamente é a própria Europa, palco das mesmas tragédias acima referidas, que apresenta um documento jurídico que se revela como fundamental para a garantia da dignidade que havia sido perdida décadas atrás. A Carta, neste sentido, se transformou em verdadeiro símbolo da proteção de tais direitos. E para além de ser um símbolo, é importante destacar que a Carta possui força jurídica vinculativa, o que significa dizer que ela não corresponde apenas a uma “junção de princípios”, mas sim busca efetivamente proteger a dignidade humana.

Por sua vez, é importante destacar a engenharia jurídica da União Europeia no sentido de promover a proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido o concerto jurídico europeu, que entrelaça o patrimônio cultural, religioso e humanista de seus Estados-membros, serve como mecanismo fundamental para a efetiva tutela dos direitos fundamentais.

É claro que existem críticas a tal estrutura jurídica de tutela multinível dos direitos fundamentais. Afirmar-se, por exemplo, que muitas vezes o Tribunal de Justiça da União Europeia está muito mais preocupado em defender princípios outros que não aqueles fundantes da própria União – por exemplo, sobrevalorizando em algumas situações o princípio do primado em vez de respeitar a dignidade humana. Ou então fala-se que o tão desejado “diálogo judicial” entre as distintas ordens jurídicas não existe, já que seria o Tribunal de Justiça da União Europeia o último a sempre “dar a palavra final”.

Não é este o espaço de análise de tais críticas. O que compete aqui indicar é que mesmo que tais críticas sejam fundadas, parece ser inegável que a estrutura jurídica da União Europeia é capaz de dar respostas às necessidades tanto da própria União quanto dos Estados-membros, e também das pessoas. Existem falhas nesta estrutura, quanto a isso parece também não haver dúvida; entretanto, é possível afirmar que os benefícios obtidos são muito superiores aos prejuízos decorrentes desta mesma estrutura. Inclusive, há quem diga que o Tribunal de Justiça da União Europeia é exatamente um tribunal de defesa dos direitos fundamentais, o que, pela perspectiva aqui adotada, não é nenhum demérito a tal tribunal, muito ao contrário.

Especificamente em relação à defesa dos refugiados, percebe-se que a União Europeia também tem, em seus documentos jurídicos, a preocupação de garantir a tais pessoas as melhores condições de vida possíveis, considerando-se a situação em que se encontram. As previsões existentes nos Tratados, nomeadamente no Tratado de Funcionamento da União Europeia, são lapidares no sentido de darem a abertura jurídica necessária para a efetivação de medidas – inclusive as urgentes – que visem à solução de problemas existentes na garantia da dignidade dos refugiados. A interpretação de tais dispositivos, em conjunto com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, permite a afirmação de tais direitos a todos que chegam ao território europeu.

3. Para além da União Europeia, vale destacar a importância dos documentos internacionais cujo objetivo é, de uma forma ou de outra, garantir os direitos fundamentais – ou melhor dizendo, os direitos do homem. Como já se falou acima sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o foco aqui será nos pactos e convenções internacionais.

Entrando especificamente nos dois Pactos analisados – o *Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* – verifica-se que os mesmos têm extrema relevância no que diz respeito à concretização da dignidade humana. A leitura dos dois documentos mostra a preocupação de seus criadores em efetivar os direitos ali previstos de maneira a criar melhores condições de vida para as pessoas.

Para além dos Pactos, os quais têm uma aplicação limitada – no sentido de serem aplicados apenas aos nacionais de determinado Estado – é importante destacar a *Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados*, alterada pelo *Protocolo de 1967*. Considerando-se os objetivos deste trabalho, a Convenção se afigura como documento jurídico de extrema importância, por um lado, por definir claramente quem é o refugiado, o que evita a apropriação do termo por pessoas que eventualmente não necessitem da proteção ali garantida. Por outro, a Convenção é de extrema relevância por estabelecer direitos e deveres de todas as partes envolvidas – seja o Estado acolhedor, seja o próprio refugiado.

4. Contudo, e infelizmente, há uma realidade que se descortina por meio da análise minuciosa de tais documentos jurídicos e que prejudica a sua efetiva concretização: fala-se aqui em uma espécie de “aprisionamento” do direito pela política.

Como dito acima, o texto jurídico – seja de Constituições, de leis, de diretivas, de pactos, tratados ou convenções – apresenta, ou estipula, que o melhor possível seja concretizado em prol da pessoa humana. Todo o rol de direitos estabelecidos em tais documentos demonstra a clara preocupação do legislador – entendido aqui em sentido amplo, ou seja, como aquele que cria o texto jurídico – em efetivamente tentar fazer com que as pessoas a quem tais textos jurídicos são dirigidos possam ter a melhor vida possível.

E parece não haver dúvidas de que esta é uma das funções do direito: ser um símbolo daquilo que pode ser feito. Para além de todas as outras funções tradicionalmente estabelecidas para a norma, não se pode olvidar o fato de que o estabelecimento de determinada legislação buscando regular determinado aspecto da vida humana pode, em inúmeros casos, transformar esta mesma legislação em modelo a ser seguido – ou até mesmo em ideal a ser concretizado. Vejam-se como exemplos não apenas a já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem – que, apesar de não ter força vinculante, tornou-se um símbolo que fundamentou inúmeros documentos jurídicos – mas também, e muito mais recentemente, o chamado Regulamento Geral de Proteção de Dados, legislação que provavelmente irá se transformar em modelo para outras jurisdições (até mesmo pelo efeito irradiante deste Regulamento a empresas de todo o globo).

Contudo, o jurista invariavelmente esbarra em obstáculos quando busca ultrapassar a análise do texto e estudar sua aplicabilidade prática. E tais obstáculos estão diretamente vinculados à vontade política de concretizar aquilo que a legislação diz. Por mais que se espere a concretização da ideia de que “se é lei deve-se cumprir”, na prática o que se verifica não é exatamente isso, o que obviamente traz resultados negativos para aqueles que dependem da aplicação da legislação.

5. Veja-se, a este respeito, as Decisões do Conselho apresentadas no Capítulo 6. Tais decisões estão claramente de acordo com o Direito europeu, tanto no que diz respeito aos aspectos formais – ou seja, são decisões tomadas tendo-se como base o procedimento adequado – quanto em relação aos aspectos materiais, já que inúmeros princípios que fundamentam a materialidade do Direito europeu estão presentes nestas decisões.

E destaca-se que tal validade jurídica das Decisões, ou seja, sua adequação ao Direito europeu, foi claramente reconhecida quando o Tribunal de Justiça da União Europeia prolatou os acórdãos apresentados também no Capítulo 6. Toda a argumentação leva ao entendimento de que as proposições da União Europeia em suas decisões estavam de acordo com o quadro jurídico europeu.

Todavia, a despeito disso destaca-se que os Estados recorrentes em tais processos questionaram as Decisões junto ao Tribunal de Justiça. O que se questiona aqui, logicamente, não é a legitimidade que tais Estados têm de fazer isso, pois claramente a têm. O que se questiona é o fato de que tais Estados, por motivos políticos, decidiram não cumprir as Decisões do Conselho. Pode-se dizer que estes Estados deram preferência a motivações políticas internas em detrimento da concretização não apenas de decisões jurídicas formalmente válidas, mas mais que isso, materialmente necessárias.

É claro: pode-se argumentar, em uma lógica exclusivamente jurídico-positivista, que aqueles que se sentiram prejudicados pelo não cumprimento de decisões jurídicas têm o direito de recorrer de tais decisões. E repete-se que isto está correto. Mas o que aqui se questiona é que não pode ser só isto a ser considerado na aplicação de uma decisão jurídica. Como ficou claro na resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia em um dos casos, limitar responsabilidades “à letra da lei” é insuficiente inclusive para a própria concretização daquilo que está na “letra da lei”.

6. Portanto, claramente são necessários mais esforços, nacionais e internacionais, para que se possa garantir minimamente os direitos fundamentais dos refugiados. A despeito de toda a proteção nacional e internacional atualmente existente, existem limitações não jurídicas que acabam por enfraquecer tal proteção.

E isto é muito negativo, especialmente quando se considera o tempo que se gasta para que se obtenha a efetividade da aplicação do direito. O Estado, ou organizações internacionais, podem claramente suportar os custos da demora causada por decisões judiciais e seus recursos. E aqui indica-se que a expressão “custos” deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, tais instituições têm os recursos necessários – sejam eles financeiros, sejam eles outras formas de agir – para sanar eventuais prejuízos causados por esta demora.

Já não a pessoa humana. Esta nem sempre terá os recursos para arcar com a demora de decisões que não são cumpridas por motivos políticos. E aqui não se fala apenas em custos em sentido financeiro, mas inclusive em relação à sua própria vida. Ou seja, a não aplicação de uma regra de proteção de um refugiado pode, eventualmente, vir a causar a perda da vida desta pessoa. Ou, o que é tão negativo quanto, pode vir a trazer consequências médicas indesejáveis, como o surgimento de uma nova doença ou o agravamento de outra já existente.

Em suma: sendo a pessoa humana a parte hipossuficiente da relação, espera-se que Estados, organizações internacionais e instituições em geral busquem sempre efetivar a proteção dos direitos fundamentais em âmbito interno e dos direitos do homem em âmbito internacional. A perspectiva de proteção da vida humana deve efetivamente vir a fazer parte não apenas dos documentos jurídicos, mas também da ação política que visa à concretização de tais documentos. Caso contrário, em vez de ter-se o efetivo reconhecimento da importância da dignidade humana, haverá inúmeras outras imagens de outros “Alans” – imagens que chocarão o mundo por determinado momento até caírem novamente no esquecimento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____. *Lições de Direito Constitucional*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 2016.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção de 1951*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. *Datos básicos*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/datos-basicos.html>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. *Refugiado ou Migrante?* O ACNUR incentiva a usar o termo correto. 1 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. *Refugiados*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. *Situación en Europa*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/emergencia-en-europa.html>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. *Tendencias globales*. Desplazamiento forzado en 2016. 19 de junio de 2017. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2017/2017-06-19-Global-Trends-2016/2016_TendenciasGlobales-ESP-BAJA.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRITISH LIBRARY. *Magna Carta*. The basics. Disponível em: <<https://www.bl.uk/treasures/magnacarta/basics/basics.html>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. *Magna Carta*. Translation. Disponível em: <https://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 16ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CIERCO, Teresa. *A política de refugiados e a conjuntura internacional*. Porto: Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, 2004. Disponível em: <<http://www.cepese.pt/portal/pt/publicacoes/obras/desafios-da-democratizacao-no-mundo-global/a-politica-de-refugiados-e-a-conjuntura-internacional>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *COM(2015) 285 final*. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Plano de Ação da UE contra o tráfico de migrantes (2015 – 2020). Bruxelas, 27/05/2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0285&from=PT>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

COSTA JÚNIOR, Carlos Nogueira da. Crise migratória na Europa em 2015 e os limites da integração europeia: uma abordagem multicausal. *Conjuntura Global*, vol. 5, n. 1, jan./abr., 2016, p. 19-33. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/portal/conjunturaglobal/files/2016/06/2-Carlos-Nogueira-da-Costa-Junior.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

DAVID, Sofia. *O contencioso do direito de asilo e proteção subsidiária*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_o_contencioso_do_direito_de_asilo_e_protecao_subsidiaria.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais no espaço da internormatividade*. Reimpressão da primeira edição de 2006. AAFDL: Lisboa, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. *A Common European Asylum System*. Strasbourg, 12 June 2013. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-532_en.htm>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. *Agencies*. EASO: The European Asylum Support Office. Last update: 05/06/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/agencies_en>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. *COM(2017) 820 final*. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Commission contribution to the EU Leaders' thematic debate on a way forward on the external and the internal dimension of migration policy. Brussels, 07/12/2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20171207_communication_on_commission_contribution_to_the_eu_leaders_thematic_debate_on_way_forward_on_external_and_internal_dimension_migration_policy_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

_____. *COM(2018) 301 final*. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration. Brussels, 16/05/2018. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european>>.

agenda-migration/20180516_progress-report-european-agenda-migration_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

_____. *Identification of applicants (EURODAC)*. Last update: 05/06/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/identification-of-applicants_en>. Acesso em: 5 jun. 2018.

EUROPEAN PARLIAMENT. Research Service. *Migration and asylum*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/thinktank/infographics/migration/public/index.html?page=intro>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. *Uma Europa acolhedora?* Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/external/html/welcomingeurope/default_pt.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

FRENCH REPUBLIC. Constitutional Council of the French Republic. *Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789*. Issue 2002. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014.

_____; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. *Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português*. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 23.

McCLELLAND, J. S. *A history of western political thought*. Londres, Reino Unido: Taylor & Francis e-Library, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Introdução geral. Aparentamentos das aulas. Lisboa, 1999

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MONIZ, Graça. Vias jurisdicionais para a protecção do ambiente na Europa. *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20 em parceria com GPE e a RCE. Suplemento n.º 9, julho/dezembro 2013.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NICOLAU, Paulo Alexandre. A crise migratória da Europa. *Lusíada*. Política Internacional e Segurança, n. 15 (2017).

OLIVEIRA, Emellin de. A “involuntária” solidariedade em matéria de asilo na União Europeia. *AwarEU Blog*. 30 de dezembro de 2017. Disponível em:

<<http://www.awareu.eu/fr/blog/entry/a-involuntaria-solidariedade-em-materia-de-asilo-na-uniao-europeia.html>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Início de vigência na ordem internacional: 21 de outubro de 1986. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Início de vigência na ordem internacional: 18/07/1978. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-32.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *Glossário sobre migração*. N. 22. Genebra, Suíça. Organização Internacional para as Migrações, 2009. Disponível em: <<http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Política de asilo. *Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2018*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.2.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. Fevereiro de 2009. *Columbia Journal of European Law*. Vol. 15, n. 3, 2009.

PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do Sistema Europeu Comum de Asilo. *e-Pública*. Vol. 3 No. 2, Novembro 2016.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Comissão Nacional das Eleições. *ONU – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*. Disponível em: <<http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. Ministério Público. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Início de vigência na ordem internacional: 03/09/1953. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Ministério Público. *Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos*. Início de vigência na ordem internacional: 03/01/1976. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Ministério Público. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Início de vigência na ordem internacional: 03/01/1976. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Direito Administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Teoria geral. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ROCHA, Alice; SILVA, Matheus Passos. A ineficácia da tutela multinível dos direitos sociais na União Europeia. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.44-73, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/744/260>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

SANTIAGO, Emerson. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *InfoEscola*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/pacto-internacional-sobre-direitos-economicos-sociais-e-culturais>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SERVIÇO JESUÍTA AOS REFUGIADOS. *Glossário*. Disponível em: <<https://www.jrsportugal.pt/wp-content/uploads/pdf/glossario/glossario.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

SILVA, Matheus Passos. *A (falta de) legitimidade democrática dos acordos comerciais CETA e TTIP*. Paper referente ao grupo de estudos “Os Novos Desafios do Direito Internacional Económico” do CEDIS. Lisboa: CEDIS/Nova Lisboa, 2018. Não publicado.

_____. As diferentes concepções paradigmáticas de uma Constituição e o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional. *Revista Projeção, Direito e Sociedade*. Vol. 5, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/409/366>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. *Breve história da formação do Estado moderno*. Brasília: Vestnik, 2014.

_____. Origens dos modelos de estado de bem-estar social e de estado neoliberal. *Revista do curso de Direito da Faculdade Projeção*. Ano 3, nº 4 (janeiro/julho 2008). Brasília: Vestcon, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. *A UE e a crise dos refugiados*. Última atualização: 05/06/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/portugal/news/eu-refugee-crisis_pt>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), 16 de fevereiro de 2017. *Processo C-578/16 PPU*. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187916&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=357983>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 6 de setembro de 2017. *Processos apensos C-643/15 e C-647/15*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194081&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=357990>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev apresentadas em 9 de fevereiro de 2017. *Processo C-578/16 PPU*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=193374&occ=first&dir=&cid=357990>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 26 de julho de 2017. *Processos C-643/15 e C-647/15*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=193374&occ=first&dir=&cid=357990>. Acesso em: 4 jun. 2018.

_____. *Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (Frontex)*. Última actualização: 05/06/2018. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex_pt>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States*. Última atualização: 02/06/2018. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Eurostat. *Estatísticas sobre o asilo*. Dados extraídos em 13 de março de 2017, exceto os dados sobre decisões definitivas que foram extraídos em 24 de abril de 2017 e os dados sobre o estatuto dos menores (Gráfico 5) que foram extraídos em 11 de maio de 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/pt&oldid=354229>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Comunicações e Informações. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 202, 59.º ano, de 07/06/2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Regulamento (UE) n. 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo à criação do sistema «Eurodac» de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento (UE) n. 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados-Membros e pela Europol para fins de aplicação da lei e que altera o Regulamento (UE) n.º 1077/2011 que cria uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 180, de 29/06/2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=PT>>. Acesso em: 5. jun. 2018.

_____. Regulamento (UE) n. 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 180, de 29/06/2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0603&from=PT>>. Acesso em: 5. jun. 2018.

_____. Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, que estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 239, de 15/09/2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1523>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

_____. Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 228, de 24/09/2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1528276249008&uri=CELEX:32015D1601>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

UNICEF BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018.

UNITED STATES. National Archives. *The Bill of Rights*: a transcription. Last reviewed on June 26, 2017. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em: 2 jun. 2018.